

DOLUS EVENTUALIS



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 503
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17891 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Kjernen i begrepet dolus eventualis	1
1.3	Opprinnelse	2
1.4	Metode	3
1.5	Fremstillingen videre	4
<u>2</u>	<u>FORSETTSBEGREPET I GJELDENE NORSK RETT</u>	<u>5</u>
2.1	Visshetsforsett	6
2.2	Sannsynlighetsforsett	6
2.3	Hensiktsforsett	9
2.4	Dolus eventualis etter gjeldende rett	10
<u>3</u>	<u>DET NÆRMERE INNHOLD I SKYLDFORMEN DOLUS EVENTUALIS</u>	<u>11</u>
3.1	Krav om en viss innsikt hos gjerningspersonen	12
3.2	Hypotetisk tilleggskrav	13
3.3	Den positive innvilgelsesteori	14
3.3.1	Høyesteretts praksis	14
3.3.1.1	Rt. 1933 s. 1132	15
3.3.1.2	Rt. 1945 s. 109	16
3.3.1.3	Rt. 1980 s. 979	16
3.3.1.4	Rt. 1991 s. 600	17
3.3.1.5	Rt. 2004 s. 1565	18
3.3.1.6	Rt. 2004 s. 1769	19

3.3.1.7	Rt. 2007 s. 1559	20
3.3.1.8	Rt. 2009 s. 229, Rt. 2009 s. 750 og Rt. 2009 s. 1014	22
3.3.1.9	Oppsummering	24
3.3.2	Forarbeider	24
3.3.3	Reelle hensyn	25
3.3.4	Teori	26
3.3.5	Oppsummering	26
3.4	Den hypotetiske innvilgelsesteori	27
3.4.1	Virkninger av Rt. 1991 s. 600	29
3.5	Positiv innvilgelse contra hypotetisk innvilgelse, herunder bevissituasjonen	29
3.6	Den positive innvilgelsesteoriens hypotetiske side	32
3.7	Grensen mellom forsett og bevisst uaktsomhet	33
3.7.1	Bevisst uaktsomhet	34
3.7.2	Grensen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet	35
<u>4</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS I UTENLANDSK RETT</u>	<u>37</u>
4.1	Sverige	37
4.2	Danmark	39
4.3	England	39
<u>5</u>	<u>BEGRUNNELSE FOR REGELEN</u>	<u>40</u>
5.1	Formuleringsvanskeligheter	42
<u>6</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS OG STRAFFELOVEN AV 20. MAI 2005 NR. 28</u>	<u>44</u>
6.1	Lovens ordlyd	45
6.2	Lovens forarbeider	46
6.3	Høyesteretts praksis	49
6.4	Reelle hensyn	50

6.5	Oppsummering	51
<u>7</u>	<u>TEORIENS HOLDNING TIL DOLUS EVENTUALIS SOM SKYLDFORM I NORSK RETT</u>	<u>51</u>
<u>8</u>	<u>HVORFOR OPERERE MED DOLUS EVENTUALIS I FORM AV POSITIV INNVLGELSE SOM EN FORSETTSFORM I NORSK RETT?</u>	<u>53</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>
<u>10</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER</u>	<u>57</u>
<u>11</u>	<u>DOMS- OG KJENNELSESREGISTER</u>	<u>58</u>
11.1	Norske avgjørelser	58
11.2	Svenske avgjørelser	58
11.3	Danske avgjørelser	59

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgavens tema er dolus eventualis som skyldform i norsk rett, samt dens opprinnelse. For å belyse temaet kommer jeg først og fremst til å drøfte og gjøre rede for hvilket innhold skyldformen har etter gjeldende rett. Teoriens holdning til dolus eventualis kommer jeg også til å berøre, selv om den har begrenset vekt som rettskildefaktor. Innslag av dolus eventualis i utenlandsk rett vil bli drøftet, og spørsmålet blir da om dolus eventualis i norsk rett er mer eller mindre samsvarende med dolus eventualis i utenlandsk rett. Dessuten skal jeg undersøke om det medfører noen forandring i rettstilstanden når dolus eventualis blir en lovfestet skyldform i den nye straffeloven.

1.2 Kjernen i begrepet dolus eventualis

Forsett blir i noen tilfeller konstatert selv om man både er under sannsynlighetsgrensen på 50 % og hensikt med tanke på å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet er fraværende. I de tilfellene opererer man med en spesiell konstruksjon for å kunne anvende skyldkategorien forsett. Denne konstruksjonen er en skyldform som kalles dolus eventualis. Dolus eventualis er latin, og den beste norske oversettelsen vil kanskje være *eventuell skyld*. Konstruksjonen går i korte trekk ut på å konstatere skyld i form av forsett, selv om de ordinære vilkårene for dette ikke foreligger. Konstruksjonen kan forsvares ut fra en tanke om at det kan være like straffverdig å ha en innvilgende holdning til en straffbar følge, som det å utføre en handling med den innsikt at man ved sin handling med overveiende sannsynlighet vil komme til å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud.

1.3 Opprinnelse¹

Dolus eventualis har røtter helt tilbake til middelalderen. Datidens italienske jurister hadde den lære, at om en person for eksempel har begått et lovbrudd med hensikt, og han ved utøvelsen av lovbruddet fremkalte en annen skadevirkning enn tilsiktet, skal også den sekundære skaden tilregnes denne, selv om vedkommende ikke ønsket den og bare hadde tenkt seg muligheten av den. En slik sekundær skade kalles i dag gjerne for en nødvendig sidefølge,² og den rammes av dolus eventualis. Dersom sannsynligheten for oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen er over 50 %, er det sannsynlighetsforsett som rammer sidefølgene. Uforsettlig følge er et annet eksempel på sekundære virkninger.³

Læren ble opptatt i fremstillinger av tysk strafferett, i enkelte tyske straffelover fra første halvdel av 1800-tallet og i kantonen Graubündens lov av 1851 (§ 19). I teorien ble betegnelsen dolus directus brukt om hensikten, og dolus indirectus ble brukt om gjerningspersonens skyld med tanke på den sekundære skadevirkning. Tanken bak læren var at den som begir seg ut på straffbar ferd, får ta ansvaret også for eventuelle sekundære virkninger av den. Feuerbach forkastet læren, og mente at det bare forelå uaktsomhet med tanke på en eventuell sekundær virkning av en straffbar handling. ”Culpa dolo determinanto” kalte han den typen uaktsomhet. Han mente imidlertid at slik uaktsomhet kunne være like straffverdig som forsett.

Etter Feuerbachs kritikk ble læren om dolus indirectus i den gamle betydning oppgitt. Tyske jurister stilte opp en teori som vel kan sies å være forløperen til det vi i dag kjenner som dolus eventualis i norsk rett. Men teorien lot begrepet omfatte også de tilfeller vi i dag betegner som dolus eventualis i form av hypotetisk innvilgelse. Det ble kritisert av blant andre Ludwig von Var og den danske juristen Goos. Denne formen for dolus eventualis er også blitt kalt Franks formel, etter den tyske forfatteren Reinhard Frank som først oppstilte denne formulering.⁴

¹ For historien frem til 1946 bygger jeg på Skeie, 1946 1. bind, 2. utg. s. 224 flg.

² Andenæs, 1997 s. 220

³ Eskeland, 2006 s. 299-300

⁴ Andenæs, 1963 s. 117

Straffeloven av 1902 har ingen lovbestemmelse som gir grunnlag for å anvende læren om dolus eventualis, men Straffelovkommissionen hadde i sine motiver en bemerkning som kunne oppfattes slik at den sluttet seg til læren.⁵ Og i Rt. 1933 s. 1132 anvendte Høyesterett prinsippet om dolus eventualis som en form for forsett, trolig for aller første gang. De aktuelle uttalelsene er sitert nedenfor i punkt 3.3.1.1. I Rt. 1991 s. 600 på side 603 tolker Høyesterett uttalelsene i Rt. 1933 s. 1132 dithen at de kan forstås som et utslag av den positive innvilgelsesteori.

Dolus eventualis har altså hos oss sprunget ut av ulovfestet rett, og siden blitt utviklet gjennom rettspraksis. Nå ganske nylig er imidlertid skyldformen definert i lovs form gjennom den nye straffeloven av 5. mai 2005 nr. 28 § 22 første ledd, bokstav c. Bestemmelsen har bare trådt i kraft i helt begrenset grad, jf. kapittel 16 og § 411 annet ledd, annet punktum i loven av 5. mai 2005 nr. 28.

1.4 Metode

Når det gjelder metodebruken i fremstillingen, anvender jeg rettskildefaktorene i samsvar med alminnelig anerkjent rettskildelære. Høyesteretts praksis er en meget tungtveiende rettskildefaktor, og avgjørelser derfra gir uttrykk for gjeldende rett fra det tidspunkt de treffes, og som regel til Høyesterett eventuelt fraviker dem eller den aktuelle loven endres.⁶ Ved analysen av gjeldende rett får således Høyesteretts praksis avgjørende betydning for innholdet i dolus eventualis. Ettersom dolus eventualis per i dag ikke er definert i en ikrafttrådt lovbestemmelse og det følgelig ikke er noen ordlyd å ta utgangspunkt i, går jeg direkte til Høyesteretts praksis og baserer analysen i all hovedsak på denne.

Når det gjelder rettstilstanden etter den nye straffelovens ikrafttrede tar jeg utgangspunkt i lovens ordlyd, men Høyesteretts tolkning av bestemmelsen vil til syvende og sist være avgjørende for gjeldende rett. Praksis om bestemmelsen foreligger naturlig nok ennå ikke, men for å si noe om hva rettstilstanden vil bli etter ikrafttrede, legger jeg ved tolkningen av bestemmelsen Høyesteretts praksis om

⁵ SKM s. 58

⁶ Eskeland, 2006 s. 91-92 og s. 126

gjeldende rett på området til grunn som relevant rettskildefaktor. Dette støttes i forarbeidene til bestemmelsen.⁷

Uttalelser i forarbeidene som gjelder oppfatningen av gjeldende rett er vektlagt som juridisk teori.

1.5 Fremstillingen videre

I det følgende vil jeg gjøre rede for de ulike forsettsformene i norsk strafferett slik de fremstår etter gjeldende rett, for deretter å gå nærmere inn på *dolus eventualis*. Jeg vil også gå inn på grensen mellom forsett og uaktsomhet. Videre ønsker jeg å gi en begrunnelse for hvorfor vi opererer med en slik skyldform, herunder en drøftelse av hensynene som ligger bak.

Ettersom *dolus eventualis* har sitt utspring i ulovfestet rett, er rettspraksis fra Høyesterett og reelle hensyn de viktigste rettskildefaktorene for å bestemme innholdet i skyldformen. I tillegg kan juridisk teori være med og supplere hvis løsningen eventuelt skulle være uklar. Klart størst betydning av disse har rettspraksis fra Høyesterett, som vel må sies å være helt grunnleggende for anerkjennelsen av *dolus eventualis* som skyldform i norsk rett. Derfor vil jeg gi nettopp denne rettskildefaktoren den største plassen for drøftelse. Hvordan *dolus eventualis* fremstår i den nye straffelovgivningen er et spørsmål jeg også kommer til å gå ganske grundig inn på.

Når det gjelder benevnelse av lover, bruker jeg betegnelsen ”straffeloven” om straffeloven av 22. mai 1902 nr. 10, og ”den nye straffeloven” eller ”straffeloven 2005” om den nye straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28.

⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 424

2 Forsettsbegrepet i gjeldende norsk rett

Det opereres med to hovedkategorier av skyld i norsk rett. Disse er forsett og uaktsomhet. Dolus eventualis er én av flere skyldformer under skyldkategorien forsett, og det er innholdet i denne skyldformen jeg i all hovedsak skal redegjøre for i fremstillingen her. Naturlig nok er jeg nødt til også å berøre de andre skyldformene, og også den andre skyldkategorien, uaktsomhet. Dette vil være for å plassere dolus eventualis i forhold til andre måter å konstatere skyld på.

For å dømmes til straff etter bestemmelsene i straffeloven er den store hovedregel at det kreves forsett hos gjerningspersonen med tanke på den handlingen som denne har foretatt, jf. loven § 40 første ledd. Andre steder i lovgivningen forekommer det at forsett nevnes som et tilstrekkelig, men ikke nødvendig vilkår for å idømme straff, jf. for eksempel vegtrafikkloven § 31. I det følgende skal jeg redegjøre for det nærmere innhold i denne skyldkategorien.

De gamle germanske lover brukte betegnelsen ”viljaverk” om handlinger som var utført med vilje.⁸ Det er ikke så langt unna vårt eget forsettsbegrep. Når noen overtrer et straffebud med vilje, så er det klart at forsettskravet i norsk rett er oppfylt. Men forsettskravet kan være oppfylt også uten at det foreligger noen vilje om å overtre det aktuelle straffebudet, for eksempel der hvor følger av en handling inntreffer, som ikke har vært en del av det gjerningspersonen ønsket å oppnå med handlingen (nødvendige sidefølger). Siden forsett, i motsetning til ubevisst uaktsomhet, handler om gjerningspersonens forestillinger og oppfatninger i gjerningsøyeblikket, er det naturlig at det blir tale om variasjoner med tanke på hvordan man konstaterer dette. Det vil jo typisk være store forskjeller i ulike gjerningspersoners forestillinger og oppfatninger om hva de ønsker å gjøre, hva de skjønner at de gjør, samt deres tanke bak handlingen.

I norsk rett finnes ingen legaldefinisjon av forsettsbegrepet. Straffeloven inneholder ingen definisjon av skyld overhodet. Innholdet av de to skyldkategoriene vi i norsk rett opererer med, forsett, herunder dolus eventualis, og uaktsomhet, må derfor fastlegges på annet grunnlag. I den grad det finnes avgjørelser fra Høyesterett, så er det disse som er

⁸ Skeie, 1946 s. 228

avgjørende for innholdet i gjeldende rett. Det er således domstolene med Høyesterett i spissen som har fastlagt det nærmere innhold av disse skyldformene i norsk rett. Dette har skjedd med støtte i straffelovens forarbeider.⁹

2.1 Visshetsforsett

Visshetsforsett foreligger når gjerningspersonen har sikker kunnskap om at samtlige elementer i en gjerningsbeskrivelse er til stede eller vil bli oppfylt.¹⁰ Denne formen for forsett er aller mest vanlig når det gjelder handlingsdelikter, der gjerningspersonen i prinsippet alltid vil ha sikker kunnskap om oppfyllelsen av gjerningsbeskrivelsen. En person sparker for eksempel en annen person med viten og vilje og overtrer straffeloven § 228. For følgedeliktenes vedkommende, vil det ikke på handlingstidpunktet være helt sikkert at følgen vil inntre. Likevel vil man ofte si at følgen er sikker, slik at man kan si at visshetsforsett foreligger. En person skyter eksempelvis en annen person i hodet på kloss hold, og overtrer straffeloven § 233.

2.2 Sannsynlighetsforsett

Det er etter gjeldende rett vanlig å stille spørsmålet om gjerningspersonen anså det for overveiende sannsynlig at dennes handling oppfylte gjerningsbeskrivelsen i straffebudet på gjerningstidpunktet. Er svaret ja, anses sannsynlighetsforsett for å foreligge, jf. eksempelvis Rt. 1991 s. 600 på side 602, der uttrykket ”overveiende sannsynlig” brukes om kravet til sannsynlighetsforsett.

Sannsynlighetsforsettet ble slått fast allerede i Rt. 1902 s. 260 på side 261. Avgjørelsen gjaldt en tolkning av uttrykket ”Hensigt at dræbe” i kriminalloven av 1842 kapittel 14-1.¹¹ Det ble konstatert at overveiende sannsynlighet var tilstrekkelig til å kunne domfelle for forsettlig overtredelse av det aktuelle straffebudet. Allerede noe tidligere hadde Straffelovkommissionen i straffelovens forarbeider gitt tilslutning til læren om sannsynlighetsforsett. Sannsynlighetskravet ble foreslått å være ”ganske overveiende

⁹ Røstad, 1993 s. 126

¹⁰ Eskeland, 2006 s. 269

¹¹ Andorsen, 1996 s. 118

sandsynlig”.¹² Før loven engang ble vedtatt slo Høyesterett altså fast i den nevnte dommen fra 1902 at overveiende sannsynlighet var tilstrekkelig.

Hvor stor overvekt som kreves har gjennom rettspraksis endret seg noe over tid. Mens det tidligere var en tendens til å kreve høyere sannsynligheter, er det i dag formentlig tilstrekkelig at gjerningspersonen innså at det var større sannsynlighet for at den straffbare følgen ville inntre enn for at den ikke ville inntre.¹³ Dermed kan man si at sannsynlighetsforsett foreligger når gjerningspersonen regner det for mer sannsynlig enn 50 % at denne ved sin handling eller unnlatelse oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Regner gjerningspersonen med en lavere sannsynlighet, uten å ha til hensikt å overtre straffebudet, er det forsett i form av *dolus eventualis* ved positiv innvilgelse eller bevisst uaktsomhet som er de aktuelle skyldformene.¹⁴

Røstad mener at man rent skjematisk kan si at grensen for anvendelse av sannsynlighetsforsett går ved 50 % sannsynlighet, men at dette blir det en altfor løs og skjematisk begrepsbestemmelse.¹⁵ Andorsen synes å mene at kravet til sannsynlighet varierer noe med overtredelsens alvorlighet, slik at det kreves større grad av sannsynlighet iallfall ved de alvorligste overtredelsene.¹⁶ Også Røstad er åpen for at det kan tenkes ulike krav til sannsynlighet for ulike typer overtredelser.¹⁷ Derimot er Andenæs av den oppfatning at graden av sannsynlighet som kreves ikke varierer med forbrytelsens art. Dette begrunner han med fraværende støtte i norsk praksis, samt hensynet til enkelhet og oversikt.¹⁸ Straffelovkommisjonen er i *utgangspunktet* enig med Andenæs, men er likevel av den oppfatning at jo mer alvorlig forbrytelse det er snakk om, desto mer forsiktig bør man være med å la sannsynlighetsgrader ned mot 50 % oppfylle kravet til sannsynlighetsforsett.¹⁹

¹² SKM s. 58

¹³ Eskeland, 2006 s. 270, Andenæs, 1997 s. 217 og NOU 1992:23 s. 115

¹⁴ Eskeland, 2006 s. 270

¹⁵ Røstad, 1993 s. 129

¹⁶ Andorsen, 1996 s. 119

¹⁷ Se note 15

¹⁸ Andenæs, 1997 s. 217

¹⁹ NOU 1992:23 s. 117

Det ser ut til å være bred enighet om at *minstekravet* til sannsynlighet ved konstatering av sannsynlighetsforsett er oppfylt ved enhver sannsynlighetsgrad over 50 % (men under 100 %, ettersom man da er over i skyldformen visshetsforsett). Det synes imidlertid ikke like sikkert at det alltid er *tilstrekkelig* at man befinner seg over 50 %. Uansett vil en slik prosentangivelse kun være en hjelp for tanken, og ikke en eksakt angivelse av den faktiske grad av sannsynlighet.²⁰

Jeg kan være enig med Andenæs i at det er mest oversiktlig å operere med et felles sannsynlighetskrav. Men på grunn av den nettopp nevnte usikkerheten om hvor på proentskalaen man befinner seg, så er jeg i prinsippet tilbøyelig til å være enig også med straffelovkommisjonens synspunkt. Dersom man opererer helt på grensen vil det ofte være en risiko for å bikke over, selv om man ikke mener å gjøre det, og det vil være verre jo alvorligere forbrytelse det er snakk om. Likevel vil det i praksis by på store problemer om man skulle vise slik varsomhet. Når man for eksempel finner det bevist at et tilfelle rammes av sannsynlighetsforsett, vil det være en merkelig konstruksjon om man likevel skulle la tilfellet rammes av uaktsomhet bare fordi man befinner seg i det nedre sjiktet for sannsynlighetsforsettet og derfor føler en slags plikt til å vise varsomhet.

En annen sak er at man må operere med en særdeles høy grad av sikkerhet når man vurderer bevisene, slik at man etter bevisvurderingen er mer eller mindre 100 % sikker på at forsett foreligger. Dermed vil ingen rimelig tvil til tiltaltes gunst foreligge. Slik sett kan man kanskje si at man burde utvise varsomhet ved *bevisvurderingen* dersom man er i tvil om hva bevisene forteller. Men det gjelder jo ved enhver bevisvurdering på strafferettens område. Anses altså sannsynlighetsforsett først bevist, så er det intet rom for i etterkant å være varsom og dermed la tilfellet rammes av uaktsomhet i stedet, bare fordi man nærmer seg den nedre grensen for sannsynlighetsforsettet.

Sannsynlighetsovervekten må foreligge for samtlige momenter i gjerningsbeskrivelsen,²¹ med mindre noe annet følger av loven, slik tilfellet er ved

²⁰ Eskeland, 2006 s. 270-271

²¹ Rt. 1991 s. 600 på side 602

skade eller død som følge av overtredelse av straffeloven § 228, jf. samme lov § 43, jf. § 228 annet ledd. Det er viktig å merke seg at det er gjerningspersonens egen sannsynlighetsvurdering som i prinsippet er avgjørende.²² Den er det imidlertid bare vedkommende selv som kjenner. Fastsettelsen av sannsynligheten vil derfor i praksis måtte bero på en vurdering av omstendighetene ved handlingen.²³ I tillegg vil eventuelle meddelelser fra gjerningspersonen kunne være belysende. Ved bevisvurderingen trekker man altså slutninger fra det generelle til det spesielle. Man ser på i hvilken retning de aktuelle omstendighetene *stort sett* peker, og trekker den slutning at når de samme omstendighetene foreligger i én aktuell sak, så betyr de det samme der som de gjør generelt. På denne måten generaliseres omstendighetene, slik at en gjerningsperson vanskeligere blir hørt med at den generelle forståelsen av omstendighetene ikke gir et riktig bilde av vedkommendes oppfatning av den aktuelle situasjonen. Man kan spørre seg om dette er en riktig måte å gå frem på, men det vil føre for langt å gå inn på her. Det som er sikkert, er at man aldri kan få sikker kunnskap om hva den enkelte gjerningsperson tenkte i gjerningsøyeblikket bare ved å studere og vurdere bevisene i den aktuelle saken. Gjerningspersonens tanker er det bare denne som kjenner, med mindre vedkommende velger å dele dem med noen, og selv da kan man ikke være helt sikker på at man sitter med et riktig bilde av dem.

2.3 Hensiktsforsett

Selv om gjerningspersonen skulle anse sannsynligheten for å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i straffebudet som svært liten, foreligger forsett i tilfeller der gjerningspersonen ønsker å handle i strid med et straffebud. En mann som er meget dårlig til å lage bomber lager for eksempel en innretning han inderlig håper skal ta livet av sin argeste konkurrent. Selv om både han selv og alle andre vet at han neppe er i stand til å lage en slik innretning, vil hensiktsforsett foreligge i et slikt tilfelle. En annen sak er at han bare kan straffes for forsøk når det viser seg at innretningen aldri kunne drept en flue engang. Den nedre grensen går ved de helt abstrakte tilfellene, og jeg gjentar et kjent eksempel: En mann sender sin svigermor på en flyreise til USA i håp

²² Straffeloven § 42 første ledd, Rt. 1966 s. 698 og NOU 1992:23 s. 115

²³ Rt. 1991 s. 600 på side 602

om at flyet styrter på turen over. Et slikt tilfelle rammes ikke av hensiktsforsett, ettersom sannsynligheten for oppfyllelse er så forsvinnende liten at svigersønnens handlemåte ligger innenfor den tillatte risiko.

Når det gjelder nødvendige sidefølger, det vil si de følger som er en direkte og uunngåelig konsekvens av gjerningspersonens overtredelse av straffebudet, så rammes også disse som forsettlig overtredelse av det aktuelle straffebud. Mannen i det første eksemplet over er kanskje klar over at hvis det utenkelige skulle skje, nemlig at bomben sprenger, så vil også konkurrentens nærmeste familiemedlemmer stryke med. Hensikten med å sprengne bomben dekker ikke disse, men når gjerningspersonen likevel sprenger bomben, i full visshet om at familien kommer til å være på samme sted som konkurrenten når bomben er ment å gå av, så er det formentlig like straffverdig som om han hadde hatt til hensikt å drepe familien også.²⁴ Forsett i form av *dolus eventualis* rammer disse nødvendige sidefølgene.

2.4 Dolus eventualis etter gjeldende rett

Dolus eventualis er aktuelt som en form for forsett i tilfeller der det hverken er visshet om eller sannsynlighetsovervekt for oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og det heller ikke foreligger noen hensikt i så måte hos gjerningspersonen. *Dolus eventualis* er en forsettsform som ved anvendelse opererer med et lavt krav til gjerningspersonens oppfatning om sannsynligheten for den straffbare følges inntreden, og den har en grense mot sannsynlighetsforsett på den ene siden, og bevisst uaktsomhet på den andre siden. På hvilken side av førstnevnte grense man befinner seg avgjøres av gjerningspersonens oppfatning av sannsynligheten for den straffbare følges inntreden. Er den over 50 % foreligger sannsynlighetsforsett, og det er da ingen grunn til å gå nærmere inn på *dolus eventualis*. Sistnevnte grense redegjør jeg nærmere for i punkt 3.7.2. Det er grunn til å understreke at selv om det bare kreves at gjerningspersonen ser en mer eller mindre fjern mulighet for den straffbare følges inntreden, så kan straffverdigheten i slike tilfeller være vel så høy som i tilfeller hvor sannsynlighetsforsett konstateres. Det straffverdige ligger nemlig i aksepten eller

²⁴ Eskeland, 2006 s. 272

innvilgelsen av den straffbare følgen, løsrevet fra hva gjerningspersonen måtte mene om sannsynligheten for følgens inntreden. At dolus eventualis til tider blir omtalt som forsettsformen med lavest grad av skyld, er således ikke treffende. Dessuten har Høyesterett konstatert at handlinger foretatt forsettlig etter dolus eventualis ikke skal vurderes mildere enn handlinger foretatt forsettlig etter de andre forsettsvariantene.²⁵

For at det skal være aktuelt å anvende dolus eventualis til dømme noen for en forsettlig overtreddelse av et straffebud i Norge, må gjerningspersonen for det første ha innsett muligheten for at han ved sin handling kan komme til å overtre et straffebud. Derneft må han ta det standpunkt å foreta den straffbare handlingen, selv om den straffbare følgen han i virkeligheten bare innser muligheten av, skulle inntre, jf. Rt. 1980 s. 979 på side 980. Dette er kjernen i den positive innvilgelsesteori. Det er altså gjerningspersonens innvilgende holdning til den straffbare følgen som ønskes rammet av skyldformen dolus eventualis. Vedkommende kan således utvise forsett av typen dolus eventualis selv om han eller hun håper at den straffbare følgen ikke skal inntre.

Den hypotetiske innvilgelsesteori er etter gjeldende rett ikke omfattet av skyldformen forsett, jf. Rt. 1991 s. 600 på side 603. Jeg har her kun gitt en kort redegjørelse for dolus eventualis etter gjeldende norsk rett. Nedenunder går jeg nærmere inn på de ulike aspekter ved dolus eventualis.

3 Det nærmere innhold i skyldformen dolus eventualis

Dolus eventualis er, som nevnt ovenfor, en forsettsform med et lavt krav til gjerningspersonens oppfatning om sannsynligheten for den straffbare følgens inntreden. Røstads benevnelse ”det perifere forsettsbegrep” er således ganske treffende, ettersom man befinner seg helt i grenselandet mot skyldformen bevisst uaktsomhet.²⁶ Skyldformen har imidlertid ikke av alle vært betraktet som en forsettsform i norsk rett. Se eksempelvis Skeie, 1946 s. 229, nederst på siden, som mener at dolus eventualis må

²⁵ Rt. 2000 s. 2072 på side 2073, gjentatt og vist til i Rt. 2008 s. 1217 i avsnitt 103

²⁶ Røstad, 1993 s. 131

bedømmes som en form for uaktsomhet, men da en særlig straffverdig form for uaktsomhet. Dette skriver han på tross av at Høyesterett både i Rt. 1933 s. 1132 og Rt. 1945 s. 109 som et ledd i konstateringen av forsett uttrykte seg på en måte som kan tolkes til inntekt for læren om *dolus eventualis*. Jeg vil i det følgende gå nærmere inn på de enkelte elementer i denne skyldformen, granske en del relevant rettspraksis og også se på hensynene bak og begrunnelsen for å operere med en slik skyldform.

3.1 Krav om en viss innsikt hos gjerningspersonen

Et grunnleggende vilkår for konstatering av forsett i form av *dolus eventualis* er at gjerningspersonen har innsett muligheten for at vedkommendes handling medfører en straffbar følge.²⁷ Det er videre nødvendig for anvendelse av denne skyldformen at gjerningspersonens oppfatning om sannsynligheten for følgens inntreden ikke overstiger 50 %. Gjør den det, er man inne på sannsynlighetsforsettets område.

Den nedre grensen for sannsynlighet er det mer usikkert hvor går. Det er antatt i deler av teorien at det kreves en god del høyere sannsynlighet enn i hensiktsforsettstilfellene.²⁸ Det høres fornuftig ut med en sontring her, ettersom det skal svært lite til av sannsynlighet for å fastslå forsett i tilfeller hvor det har vært hensikt knyttet til overtredelsen av straffebudet. Straffverdigheten er særlig høy i disse tilfellene, og etter mitt syn kan det faktum at sannsynligheter helt ned til grensen for den tillatte risiko rammes av hensiktsforsett av den grunn forsvares. Det samme kan imidlertid ikke sies om *dolus eventualis*-tilfellene. Visstnok kan straffverdigheten også i disse tilfellene være av vesentlig grad. Likevel gjør fraværet av hensikt straffverdigheten tilstrekkelig lav til ikke å skulle operere med en like lav grense for sannsynlighet som man gjør i tilfeller hvor følgen har vært tilsiktet. Et annet synspunkt fra teorien er at sannsynligheten ikke må være ”helt minimal”.²⁹

²⁷ Rt. 2001 s. 58 på side 62

²⁸ Andorsen, 1996 s. 122

²⁹ Bratholm, 1980 s. 217

Jeg kan ikke se at Høyesterett har berørt problemstillingen. Reelle hensyn tilsier formentlig at det bør kreves en viss sannsynlighet, høyere enn den som kreves for konstatering av hensiktsforsett, men ikke nødvendigvis så veldig mye høyere, med tanke på den straffverdigheten som tross alt ligger i en positiv innvilgelse.

Det synes å være størst behov for dolus eventualis ved overtredelse av følgedelikter og delikter der gjerningsbeskrivelsen inneholder elementer som gjerningspersonen lett kan påstå å være i tvil om, og som det kan være vanskelig å føre bevis for at gjerningspersonen hadde tilstrekkelig innsikt om til å konstatere sannsynlighetsforsett. Sistnevnte vil typisk være narkotikatilfeller. I tilfeller som nevnt vil det typisk være oftere og større usikkerhet knyttet til oppfyllelsen av gjerningsbeskrivelsen, enn for handlings- og unnlatelsesdeliktenes vedkommende. En gjerningsperson hevder for eksempel å ikke ha regnet det som overveiende sannsynlig at stoffet var heroin eller at vedkommendes handling kom til å ha døden til følge. Det kan da være vanskelig å bevise at gjerningspersonen regnet det som overveiende sannsynlig at det vedkommende hadde med seg var heroin, og ikke kokain, eller at gjerningspersonen regnet det som overveiende sannsynlig at vedkommendes slag ville ha døden til følge, og ikke "bare" en større eller mindre skade. Det er i slike tilfeller dolus eventualis ved å ramme gjerningspersonens innvilgende holdning til følgen ofte vil kunne bidra til at vedkommende likevel blir dømt for forsettlig begått lovovertrødelse. Det er derimot mindre vanskeligheter knyttet til det å skulle bevise at gjerningspersonen regnet det som overveiende sannsynlig at vedkommende øvet vold i strid med straffeloven § 228 første ledd da han eller hun slo sidemannen i ansiktet med knyttet neve. I slike tilfeller blir det derfor ikke det samme behovet for dolus eventualis, selv om skyldformen er anvendelig også for disse.³⁰

3.2 Hypotetisk tilleggskrav

Dersom det er klart at gjerningspersonen har innsett en mulighet som nevnt ovenfor, må man gå videre, over i det hypotetiske, og stille følgende spørsmål: Ville gjerningspersonen gjennomført den aktuelle handlingen også dersom den straffbare

³⁰ NOU 1992:23 s. 115 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 116

følge dermed skulle inntre? Hvis svaret på spørsmålet er nei, er man utenfor området for *dolus eventualis*, og over på bevisst uaktsomhet. Hvis svaret er ja, er forsettskravet oppfylt, og gjerningspersonen kan dømmes for forsettlig lovovertrjedelse, såfremt de øvrige vilkårene for straff er til stede.

Det er to ulike teorier som hver for seg har sin måte å oppfylle det hypotetiske tilleggskravet på, nemlig den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori. Forskjellen mellom disse knytter seg til gjerningspersonens forestillinger og hva denne er seg bevisst i gjerningsøyeblikket, nærmere bestemt hvorvidt gjerningspersonen har gjennomført den aktuelle tankeprosessen selv, eller om en rettsanvender i ettertid nærmest foretar tankeprosessen på tiltaltes vegne. Vilråene for anvendelse ligger således fast, slik at det formentlig bare er *hvem* som foretar den aktuelle tankeprosessen som skiller teoriene. Dette er etter den positive innvilgelsesteori gjerningspersonen selv, og dommeren på gjerningspersonens vegne etter den hypotetiske innvilgelsesteori. Jeg skal nedenfor utdype nærmere hva begge disse teoriene går ut på.

3.3 Den positive innvilgelsesteori

Den overordnede problemstillingen her er hvilken subjektiv innstilling gjerningspersonen må ha til en eventuell inntreden av den straffbare følgen som vedkommende reelt sett bare ser muligheten av, for at *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse skal kunne sies å foreligge og dermed innebære et bekreftende svar på spørsmålet i punkt 3.2. For å besvare problemstillingen, er det mest nærliggende å først gå til Høyesteretts praksis, som er den absolutt tyngstveiende rettskildefaktoren ved fastleggelsen av innholdet i den positive innvilgelsesteori. Andre rettskildefaktorer kan virke belysende og vil bli berørt der det faller naturlig.

3.3.1 Høyesteretts praksis

Frem til 1980 var *dolus eventualis* heller lite i bruk ved norske domstoler. Man har to kjente avgjørelser fra Høyesterett før 1980 som synes å bygge på betraktninger av typen *dolus eventualis*. Den ene er den såkalte Hakekorsdommen i Rt. 1933 s. 1132. Den

andre er den såkalte Quisling-kjennelsen i Rt. 1945 s. 109. Jeg vil i det følgende se nærmere på disse avgjørelsene, i tillegg til å redegjøre for en del andre sentrale avgjørelser fra 1980 og frem til i dag. Det er verdt å merke seg at *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse bare er et navn på et resultat, slik at det sentrale er hvorvidt forsett foreligger eller ikke. Hva man kaller den formen for forsett man konstaterer er således av mer perifer betydning.

3.3.1.1 Rt. 1933 s. 1132

Dommen gjelder nedfiring og ødeleggelse av fremmed stats flagg ved vedkommende stats konsulat i Norge. Spørsmålet var om forsett forelå. Høyesterett kommer med følgende resonnement:

”Jeg har imidlertid forstaatt dommen slik, at retten har ment at der foreligger forsett, idet det har vært dens mening at uttale at de domfelte enten har visst at hakekorsflagget var det tyske rikets offisielle flagg, eller at de ialfall har regnet med den mulighet at det kunde forholde sig saaledes, og at de har begaatt sin handling uten hensyn til denne mulighet – at de med andre ord vilde handlet som skjedd, selv om de hadde hatt sikkert kjennskap til forholdet – hvilket er tilstrekkelig til at anta at det foreligger forsett.”

Dette kan tolkes i to retninger. Formuleringen kan bety at det for konstatering av forsett er tilstrekkelig at gjerningspersonen har innsett muligheten for følgens inntreden, og *av dommeren* må antas å ville ha handlet på samme måte som han gjorde, selv om vedkommende hadde vært sikker på følgens inntreden. Men formuleringen kan også tolkes dithen at det er tilstrekkelig at gjerningspersonen, i tillegg til å ha innsett muligheten for følgens inntreden, bestemte seg for å ville handle som vedkommende gjorde, selv om det skulle medføre følgens inntreden.

Dommen sier ingenting om hvilken tankeprosess gjerningspersonen må ha hatt for å konstatere forsett av typen *dolus eventualis*. Det bare konstateres hva som er tilstrekkelig. Dessuten kan dommen tolkes i to ulike retninger, både til inntekt for den hypotetiske og den positive innvilgelsesteori. Dommen er altså for vag og tvetydig til at noe sikkert om hva som kreves for anvendelse av *dolus eventualis* kan utledes av den.

3.3.1.2 Rt. 1945 s. 109

Kjennelsen gjelder straffesaken mot Vidkun Quisling. Den aktuelle ordlyd fra side 111 i kjennelsen er som følger:

”Det bør også merkes at forsett i strafferettslig forstand hva angår dette å påføre Norge krig eller fiendtligheter, har vært til stede ikke bare hvis domfelte har vært forvisset om at så ville bli følgen av den aksjon han tilskyndet til, men også hvis han regnet med dette forløp som en mulighet og allikevel har villet aksjonen, uten hensyn til denne mulige følge. Jeg henviser til Rt-1933-1132.”

Her uttrykker førstvoterende seg på en måte som beskriver hva som kreves for anvendelse av *dolus eventualis*. En språklig fortolkning av formuleringen tilsier at følgende kreves: Gjerningspersonen innser muligheten for følgens inntreden, og vil likevel handle som planlagt, uansett om følgen skulle inntre eller ikke. Etter kjennelsen kreves det altså en positiv beslutning av gjerningspersonen om å handle uansett om følgen inntre eller ikke, og den kan derfor tas til inntekt for den positive innvilgelsesteorien. Henvisningen til Rt. 1933 s. 1132 må bety at førstvoterende anser dommen for å gi uttrykk for det samme som fremgår av kjennelsen, og det er jo som nevnt én mulig måte å tolke dommen på.³¹

3.3.1.3 Rt. 1980 s. 979

Kjennelsen gjelder to ungdommer som hadde avfyrt skudd mot polititjenestemenn. Den ene var i håndgemeng med dem, mens den andre sto litt lenger unna. De ble begge tiltalt og dømt for forsøk på forsettlig drap i lagmannsretten. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannen i sin rettsbelæring hadde vært presis nok med tanke på hva som ligger i kravet til forsett, og da særlig når det gjaldt grenselandet mellom forsett og uaktsomhet.

Førstvoterende nevner behovet for en avgrensning av forsettsbegrepet i det nedre sjiktet, og viser til teoriens utvikling av en formel for dette, nemlig den positive innvilgelsesteori:³²

³¹ Se punkt 3.3.1.1

³² Rt. 1980 s. 979 på side 980

”Blant de formler som i så måte er utviklet i teorien, er *dolus eventualis* etter den såkalte positive innvilgelsesteori. Kort uttrykt går denne ut på at forsett foreligger om gjerningsmannen har tatt det standpunkt å ville foreta handlingen selv om følgen skulle inntre.”

Bak denne formuleringen ligger en forutsetning om at gjerningspersonen har sett for seg den straffbare følgen som mulig. Det språklige innholdet her er at forsett foreligger i tilfeller hvor gjerningspersonen har tatt et standpunkt om å ville utføre den aktuelle handlingen, selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre. Det er her altså lagt den samme regel til grunn som i Rt. 1945 s. 109.

3.3.1.4 Rt. 1991 s. 600

I Rt. 1991 s. 600 gjaldt saken en innreisende person som hevdet å ikke vite at det vedkommende hadde med seg var heroin. Personen hevdet også å ikke vite hvor mye stoff vedkommende hadde innført.

Førstvoterende viser til Rt. 1980 s. 979 og kommer med følgende uttalelse i forbindelse med en redegjørelse for ulike former for forsett :³³

”Men også når gjerningsmannen bare har ansett en slik følge som mulig, kan det tenkes å foreligge forsett, såkalt *dolus eventualis*. I den nevnte avgjørelse i Rt-1980-979 er det således lagt til grunn at forsett foreligger når gjerningsmannen har tatt det standpunkt å foreta handlingen selv om den følge straffebudet beskriver, skulle inntre. Det er dette som ligger i den såkalte positive innvilgelsesteori.”

Førstvoterende i Rt. 1991 s. 600 viser altså til formuleringen fra Rt. 1980 s. 979. Begge avgjørelser krever således for anvendelse av *dolus eventualis* at gjerningspersonen tar et bevisst standpunkt om å handle uansett om den straffbare følgen inntreffer eller ikke. Kravet om et ”bevisst standpunkt” fra gjerningspersonens side understreker at gjerningspersonen positivt må ha innvilget følgen. At Høyesterett legger den positive innvilgelsesteori til grunn i Rt. 1980 s. 979 for deretter å følge opp kjennelsen i Rt. 1991 s. 600, styrker den rettskildemessige vekten av kjennelsen.

³³ Rt. 1991 s. 600 på side 602

Det er imidlertid ikke nødvendig at avgjørelsestemaet har fremstått ”helt klart” i gjerningspersonens bevissthet.³⁴ Dette vil typisk være tilfeller hvor gjerningspersonen har handlet raskt og impulsivt, og dermed ikke hatt alle aspekter rundt handlingen helt klart for seg.³⁵ Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600 regnes som de to mest grunnleggende avgjørelsene når det gjelder dolus eventualis, og de er fulgt opp i rettspraksis ved flere anledninger, enten ved sitat, direkte henvisning eller lignende formuleringsmåte. I de følgende avsnittene kommer jeg til å redegjøre for utvalgte deler av denne praksisen.³⁶

3.3.1.5 Rt. 2004 s. 1565

Kjennelsen gjelder hvorvidt lagmannsretten begikk en saksbehandlingsfeil da den til domfeltes ugunst opphevet tingrettens fellende straffedom på grunn av mangelfulle domsgrunner. Det er imidlertid følgende formulering som er interessant her:³⁷

”Jeg tilføyer at lagmannsretten synes å forutsette at eventuelt forsett foreligger når en lovbrøyer har innsett muligheten av en skadefølge og handler likevel. Dette er i så fall ikke riktig. Retten må i tillegg finne det bevist at lovbrøyeren hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om skaden med sikkerhet eller mest sannsynlig ville inntre.”

Her er dolus eventualis i form av positiv innvilgelse formulert noe annerledes enn i tidligere avgjørelser. Ordene ”med sikkerhet eller mest sannsynlig” er tatt inn som en del av Høyesteretts uttrykk for dolus eventualis. Spørsmålet er hvilken betydning dette får for tolkningsresultatet. Det kan synes å være oppstilt et krav om at gjerningspersonen for å rammes av dolus eventualis må ha sett for seg følgens inntreden som en sikker eller overveiende sannsynlig konsekvens at dennes handling, for deretter å ha bestemt seg for å handle selv om dette skulle være tilfellet. En annen tolkning kan gå ut på at førstvoterende har ment å si noe om den faktiske situasjonen, og ikke gjerningspersonens forestilling om følgens inntreden overhodet, slik at ”med sikkerhet

³⁴ Rt. 1991 s. 600 på side 602 og Rt. 2001 s. 58 på side 62

³⁵ NOU 1992:23 s. 119 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426

³⁶ Andre eksempler på at Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600 er fulgt opp er Rt. 1981 s. 1129 på side 1132, Rt. 1991 s. 741 på side 743, Rt. 1996 s. 391 på side 398 og Rt. 2001 s. 58 på side 61.

³⁷ Rt. 2004 s. 1565 i avsnitt 15

eller mest sannsynlig ville inntre” relaterer seg til hvorvidt skaden rent faktisk ville inntre som en følge av den aktuelle handlingen.

Spørsmålet videre blir om det bygger på en rimelig fortolkning av kjennelsen å si at det etter den kreves at gjerningspersonen forestiller seg en større sannsynlighet enn den han faktisk regner med. For legger man det første tolkningsalternativet over til grunn, medfører det at gjerningspersonen må ta en beslutning om å handle, basert på en forestilling om at sannsynligheten for den straffbare følgens inntreden er over 50 %, samtidig som vedkommende i virkeligheten kun ser denne som en mer eller mindre fjerntliggende mulighet. Dette er en helt utenkelig situasjon. En gjerningsperson vil praktisk talt aldri foreta et slikt resonnement, og det er et reelt hensyn som taler imot en slik tolkning.

Det andre tolkningsalternativet er det mer trolig at førstvoterende har ment å gi uttrykk for, slik at uttalelsene må anses for å dreie seg om den faktiske situasjonen i gjerningsøyeblikket. Den faktiske sannsynligheten for følgens inntreden har imidlertid ingenting med gjerningspersonens innvilgelse av den straffbare følgen å gjøre, og må i den forbindelse ses bort fra.

Ettersom Høyesterett i kjennelsen ikke sier noe om at en annen forståelse enn den som følger av Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600 legges til grunn, antar jeg således at den ikke bringer noe nytt i forhold til disse grunnleggende avgjørelsene, og at den dermed gir uttrykk for den samme forståelsen av den positive innvilgelsesteori som fremgår av dem.

3.3.1.6 Rt. 2004 s. 1769

Kjennelsen gjelder en narkotikasak, og spørsmålet var om lagmannsrettens forståelse av *dolus eventualis* var riktig. Høyesterett uttalte følgende om dette:³⁸

”Det er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en

³⁸ Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11

positiv innvilgelse av dette momentet. Lagmannsretten måtte således ved sin straffutmåling finne det bevist at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin – her er det tale om inntil 194 gram – som skulle kjøpes/oppbevares.”

Sammenligner man med Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600, så bringer kjennelsen intet nytt, men Høyesterett forklarer mer utdypende hva som skal til for å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* etter den positive innvilgelsesteori. Kjennelsen innebærer altså en ytterligere påminnelse om at gjerningspersonen positivt må innvilge den straffbare følgen. Dette fremgikk allerede av de to nevnte avgjørelsene, og ble også poengtert i Rt. 2004 s. 1565 i avsnitt 15. Med Rt. 2004 s. 1769 og den til de grader eksplisitte måten å uttrykke seg på, burde all berettiget tvil i så måte være ryddet av veien. Rettspraksis fra underinstansene de senere år viser imidlertid at det fremdeles forekommer tilfeller hvor *dolus eventualis* formuleres på en utilstrekkelig måte.³⁹

Når Høyesterett uttaler vilkårene for anvendelse av *dolus eventualis* i den her foreliggende kjennelse, brukes en noe uheldig uttrykksmåte som innebærer frasen ”selv om det var en så betydelig mengde heroin”. Hvorfor jeg mener uttrykksmåten er uheldig kommer jeg nærmere inn på i neste punkt, og jeg nøyer meg her med å vise til fremstillingen der.

3.3.1.7 Rt. 2007 s. 1559

Kjennelsen gjelder kakekasting på den daværende finansministeren, og spørsmålet var om en slik handling omfattes av straffeloven § 99, herunder om forsettskravet i det foreliggende tilfellet var oppfylt.⁴⁰ Det siste er det som er av interesse i denne sammenheng. Førstvoterende formulerer *dolus eventualis* i avsnitt 18:

”Forsettskravet vil også være oppfylt om han bare regnet det som mulig at hun ville bli hindret, men bestemte seg for at han ville kaste kaken selv om det var sikkert eller mest sannsynlig at hun ville bli hindret av det, såkalt *dolus eventualis*.”

³⁹ Se for eksempel LB-2008-130667, LB-2008-138374-2 og LA-2008-117350, som alle ble kritisert av Høyesterett når det gjaldt formuleringen av *dolus eventualis* (Rt. 2009 s. 229, Rt. 2009 s. 750 og Rt. 2009 s. 1014).

⁴⁰ Rt. 2007 s. 1559 i avsnitt 16

Her er *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse igjen definert på en måte som avviker fra den måten Høyesterett i de grunnleggende avgjørelsene formulerte seg på.⁴¹ Spørsmålet er om denne kjennelsen sammen med Rt. 2004 s. 1565 skal anses som en endring i kurs fra Høyesteretts side, eller om de bare skal anses som enkeltkjennelser hvor formuleringen ble noe annerledes konstruert. Høyesteretts stadige veksling mellom måter å formulere seg på trekker i retning av at ingen kursendring foreligger.

Én måte å tolke Høyesteretts uttrykksmåte på er å utlede et krav om at gjerningspersonen må ha sett for seg følgens inntreden som en sikker eller overveiende sannsynlig konsekvens at dennes handling, for deretter å ha bestemt seg for å handle selv om dette skulle være tilfellet. En slik tolkning kan ikke legges til grunn.⁴²

En annen måte å tolke formuleringen på er å anse bruken av ordet ”var” som en referanse til gjerningspersonen tankeprosess, slik at vedkommende har hatt en faktisk oppfatning om sikkerhet eller sannsynlighetsovervekt med tanke på følgens inntreden. En slik tolkning kan imidlertid heller ikke legges til grunn, ettersom det fremgår i klartekst at det er *dolus eventualis* Høyesterett anvender.

En tredje måte å se kjennelsen på kan være å stille spørsmålet om ordene ”sikkert eller mest sannsynlig” i det hele tatt refererer til gjerningspersonens tankeprosess i forbindelse med innvilgelsen av følgen. Det er altså et mulig tolkningsalternativ å se bruken av ordet ”var” som en referanse til den *virkelige* situasjonen, og ikke til gjerningspersonens tankeprosess. Det er imidlertid irrelevant for skyldkonstateringen hva den faktiske situasjonen var. Det er gjerningspersonens *oppfatning* av denne som er relevant. Dette tolkningsalternativ er imidlertid det mest plausible. Når det gjelder gjerningspersonens innvilgelse av følgen må altså Høyesteretts formulering leses uten uttrykket for den faktiske situasjonen, slik at meningsinnholdet blir at gjerningspersonen ”bestemte seg for at han ville kaste kaken selv om...hun ville bli hindret av det”.

⁴¹ Rt. 1980 s. 979 på side 980 og Rt. 1991 s. 600 på side 602

⁴² Jf. første tolkningsalternativ under punkt 3.3.1.5

En uttrykksmåte med visse likhetstrekk er benyttet i Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11. Formuleringen ”selv om det var en så betydelig mengde heroin – her er det tale om inntil 194 gram – som skulle kjøpes/oppbevares” gir etter mitt syn heller ikke et fullgodt uttrykk for den positive innvilgelsesteori, ettersom den i likhet med formuleringen i Rt. 2007 s. 1559 isolert sett kan leses enten som en beskrivelse av den faktiske situasjon, løsrevet fra gjerningspersonens tanker, eller som et tilfelle som rammes av enten sannsynlighetsforsett eller visshetsforsett. Ordet ”var” er således egnet til å gi uttrykk for mer eller mindre sikkerhet med tanke på mengden heroin, enten som en faktisk omstendighet, eller i gjerningspersonens faktiske forestilling om mengden. For ikke å skape uklarhet burde ”skulle være” heller vært brukt. Det er verdt å merke seg at Høyesterett ved tre anledninger har sitert avsnitt 11 fra Rt. 2004 s. 1769, til tross for den uheldige ordlyden.⁴³ Det er bemerkelsesverdig at tre ulike dommere formulerer seg så likt, når formuleringene er egnet til å skape asossiasjoner til andre varianter av skyldformen forsett, eller til og med den faktiske situasjonen i seg selv. Jeg mener man her er inne i formuleringsproblematikken som jeg kommer inn på i punkt 5.1.

3.3.1.8 Rt. 2009 s. 229, Rt. 2009 s. 750 og Rt. 2009 s. 1014

I disse dommene har Høyesterett henvist til den noe uheldige uttrykksmåten i Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11, og i minst én av disse også selv formulert seg på en måte som tilsynelatende er påvirket av kjennelsens formulering. Det er bemerkelsesverdig at selv om alle de tre dommene henviser til den samme formuleringen, så kommer *dolus eventualis* til uttrykk på forskjellig måte i hver og én av dem.

I den første dommen, Rt. 2009 s. 229, benyttes i avsnitt 12 en formulering som kan tolkes dithen at det er et vilkår for anvendelse av *dolus eventualis* at gjerningspersonen har tatt en bevisst beslutning om å handle under forutsetning om *visshet* rundt følgens inntreden. Om formuleringen fra Rt. 2004 s. 1769 hadde noe å gjøre med hvordan *dolus eventualis* her ble formulert, er uvisst. Reelle hensyn tilsier imidlertid at en slik tolkning ikke kan legges til grunn, idet det har formodningen mot seg at en gjerningsperson noen gang skulle vurdere følgens inntreden ut fra en sannsynlighetsbetraktning.

⁴³ Rt. 2009 s. 229 i avsnitt 11, Rt. 2009 s. 750 i avsnitt 90 og Rt. 2009 s. 1014 i avsnitt 6

I den andre dommen, Rt. 2009 s. 750, benyttes i avsnitt 90 en formulering som fremstår løsrevet fra den uheldige formuleringen i Rt. 2004 s. 1769, og som må kunne sies å være i samsvar med uttrykksmåten i de grunnleggende avgjørelsene i Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600. Henvisningen til Rt. 2004 s. 1769 like etter betyr formentlig bare at førstvoterende mener at kjennelsen gir uttrykk for en tilsvarende oppfatning om selve det at gjerningspersonen bevisst må ha tatt et standpunkt om å handle selv om følgen dermed skulle inntre. Det er dette som fremstår som det sentrale ved dommen, ettersom lagmannsretten uttrykte seg på en måte som ikke fikk frem nettopp det.

I den tredje og nyeste dommen, Rt. 2009 s. 1014, anvender førstvoterende i avsnitt 8 en måte å uttrykke seg på som vel må kunne sies å være hentet nesten direkte fra avsnitt 11 i Rt. 2004 s. 1769, og bare omformulert for å passe faktum i den foreliggende sak. Jeg nøyer meg med å vise til det jeg tidligere har skrevet om bruken av ordet ”var” i forbindelse med formuleringen av den positive innvilgelsesteori.⁴⁴

Forklaringen på at alle disse dommene gjengir og mer eller mindre følger opp formuleringen i Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11 er formentlig at tilslutningen gjelder kjennelsens eksplisitte uttalelser om gjerningspersonens bevisste standpunkt om å handle til tross for følgens eventuelle inntreden, altså gjerningspersonens positive innvilgelse av den straffbare følge eller omstendighet. Det var nettopp på dette punkt lagmannsrettens anvendelse av *dolus eventualis* var mangelfull, og dermed ble dette det sentrale da spørsmålet kom opp til behandling i Høyesterett. Når Høyesterett i minst én av disse tre dommene synes å ha anvendt uheldig utformede deler av formuleringen fra Rt. 2004 s. 1769 ved sin egen formulering av *dolus eventualis*, så er det formentlig fordi Høyesterett antok at *hele* uttrykksmåten i kjennelsen ga et dekkende uttrykk for *dolus eventualis* etter gjeldende rett. Det foreligger altså ingen holdepunkter for å anta at formuleringsmåten var ment å være kursendrende i forhold til Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600 på noen måte.

⁴⁴ Se punkt 3.3.1.6 og 3.3.1.7

3.3.1.9 Oppsummering

Felles for alle avgjørelsene er at de oppstiller et krav om at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at vedkommendes handling medfører inntreden av en straffbar følge. Når det gjelder Høyesteretts oppstilling av videre vilkår for konstatering av forsett i form av positiv innvilgelse, er det imidlertid noe mer avvik i formuleringene.

Etter å ha gått gjennom avgjørelsene har jeg sett at praksis fra Høyesterett med tanke på hvordan *dolus eventualis* kommer til uttrykk har variert veldig. Høyesterett benytter nærmest en ny måte å formulere seg på hver gang spørsmålet om innholdet i den positive innvilgelsesteori kommer opp. Dette er etter min mening uheldig, ettersom det er egnet til å skape usikkerhet rundt hva som er gjeldende rett på området. Høyesterett har imidlertid ikke foretatt noen kursendring siden de grunnleggende avgjørelsene i Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600, og faktisk heller ikke siden Rt. 1945 s. 109. Disse avgjørelsene må derfor fremdeles kunne sies å representere gjeldende rett, slik at nyere avgjørelser som etter ordlyden fremstår som avvikende, må tolkes i lys av dem, med mindre de representerer en uttrykkelig fravikelse eller endring av tidligere praksis. Vilkårene for anvendelse av *dolus eventualis* er altså fremdeles at gjerningspersonen har sett for seg følgen som bare et mulig utfall av handlingen, og bevisst tatt et standpunkt om å handle selv om følgen dermed skulle inntre. Det er således innvilgelsen av den straffbare følgen eller omstendigheten som er det sentrale anvendelsesvilkåret for *dolus eventualis*, slik at det er uten betydning hvorvidt gjerningspersonen så for seg følgens inntreden med én eller annen grad av sannsynlighet.

3.3.2 Forarbeider

Forarbeidene til straffeloven av 1902 er over 100 år gamle, og den rettslige betydningen av dem kan derfor tenkes å være noe begrenset, sett hen til den utvikling strafferetten og samfunnet for øvrig har vært gjenstand for i løpet av denne tiden. Likevel vil forarbeidene til straffeloven være en relevant rettskildefaktor, om enn uten den vekt forarbeider til en nyere lov ville ha hatt. Følgende uttalelse fra forarbeidene er relevant for fremstillingen her:

”Af væsentlig Betydning vil det her maatte være, om den Skyldige kan siges at have acquiesceret ved Følges Indtræden eller ikke, d.v.s. om han har handlet uden Hensyn til denne, saaledes at han, om han havde kunnet forudse dens Indtræden, dog vilde have handlet paa samme Maade, eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig Skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede Følges Indtræden”.⁴⁵

Av ordlyden her er det tilstrekkelig til å konstatere forsett at gjerningspersonen har godtatt følges inntreden ved å handle uten hensyn til den, forstått på den måten at han eller hun ville handlet på samme måte også dersom vedkommende hadde kunnet forutse dens inntreden. Slik jeg ser det, er ordlyden i forarbeidene forenlig med den uttrykksmåte Høyesterett anvender i avgjørelsene i Rt. 1980 s. 979 og Rt. 1991 s. 600. Ordlyden er imidlertid såpass upresis at det fremstår som uklart om også hypotetisk innvilgelse skal være omfattet av forsettskategorien. Det er ordene ”om han hadde kunnet forudse” som skaper denne tvilen. Ordene trekker etter mitt syn mer i retning av den positive innvilgelsesteori enn den hypotetiske, ettersom de beskriver typesituasjonen ved førstnevnte: Gjerningspersonen tenker over og bestemmer seg for hvordan han vil handle dersom følgen skulle inntre, eller med andre ord dersom han hadde kunnet forutse følges inntreden. Hvis ordene er ment å skulle kunne tas til inntekt også for den hypotetiske innvilgelsesteori burde det hypotetiske i formuleringen vært knyttet til hvorvidt vedkommende i det hele tatt *hadde* forutsett følges inntreden, og ikke hvorvidt han hadde *kunnet* forutse den. Men uttalelsene er ikke tilstrekkelig klare til å utelukke at også hypotetisk innvilgelse var ment å være omfattet som en måte å konstatere forsett på.

Straffelovens forarbeider gir altså ikke noen klar nok anvisning på hva som skal til for konstatering av forsett til at tilfellene omfattet av den hypotetiske innvilgelsesteori kan anses utelukket. Uttalelsene er imidlertid ikke i strid med Høyesteretts anvendelse av den positiv innvilgelsesteorien.

3.3.3 Reelle hensyn

Reelle hensyn er behandlet der det har vært naturlig, og vil ikke være gjenstand for en særskilt drøftelse her.

⁴⁵ SKM s. 58

3.3.4 Teori

Når det gjelder teoriens oppfatning av innholdet i den positive innvilgelsesteori henviser jeg til de deler av punkt 7 som gjelder denne.

3.3.5 Oppsummering

Etter dette kan man vel si at det ikke er noen tvil om at *dolus eventualis* er en skyldform som er kommet for å bli i norsk rett. Til tross for diverse uklarheter i formuleringene og bevisproblemer knyttet til skyldformen har Høyesterett anerkjent den positive innvilgelsesteori i ganske lang tid. Hvilke tilfeller som omfattes er blitt slått fast i Rt. 1980 s. 979, gjentatt i Rt. 1991 s. 600 og nærmere forklart i Rt. 2004 s. 1769.

Majoriteten av de reelle hensyn trekker i samme retning som Høyesteretts oppfatning, og disse må antas å ha blitt tatt i betraktning av dommerne, og dermed bidratt til at rettsstilstanden er slik den er. Også uttalelsene i forarbeidene til straffeloven støtter den forståelse av *dolus eventualis* som Høyesterett legger til grunn, selv om de også er egnet til å gi støtte til en annen fortolkning.

Ettersom Høyesterett har formulert seg forskjellig, vagt og til tider muligens også noe uklart, må reelle hensyn kunne supplere Høyesterett på disse punktene, selv om hensynet til enkelhet og oversiktighet i utgangspunktet taler for å ikke legge noen annen betydning i Høyesteretts formuleringer enn den som en vanlig språklig forståelse tilsier. Tilfeller hvor gjerningspersonen har handlet ut fra en forutsetning basert på et *resonnement* om sannsynligheten for følgers inntreden er helt utenkelige, og de avgjørelsene som uttrykker seg på en måte som kan tolkes i retning av at et slikt krav skulle foreligge kan ikke forstås dithen. Et annet tolkningsalternativ må derfor legges til grunn for disse, og følgelig kan det ikke sies å foreligge et krav fra Høyesterett om et slikt *resonnement* hos gjerningspersonen for at positiv innvilgelse skal kunne sies å foreligge. Innholdet i *dolus eventualis* i norsk rett må etter denne redegjørelsen kunne sies å følge av Høyesteretts forståelse av den positive innvilgelsesteori, supplert med reelle hensyn. I klartekst innebærer dette at det for anvendelse av denne skyldformen kreves at gjerningspersonen har innsett muligheten for den straffbare følgers inntreden, for deretter å ha tatt et bevisst standpunkt om å handle selv om den dermed skulle inntre.

3.4 Den hypotetiske innvilgelsesteori

Den andre måten å oppfylle det hypotetiske kravet i henhold til *dolus eventualis* på, er i seg selv hypotetisk. Man kan vel si at det foreligger en slags hypotese i annen potens.⁴⁶

Hovedproblemet med denne måten å anvende *dolus eventualis* på, er at gjerningspersonen ikke har hatt noen tankeprosess som kaster lys over hans holdning til en eventuell overtredelse av det aktuelle straffebudet. Forsett dreier seg nettopp om gjerningspersonens tanker og oppfatninger i gjerningsøyeblikket, men vedkommende har i slike tilfeller ikke tatt stilling til den straffbare følgen, bare innsett muligheten for dens inntreden. Spørsmålet blir om det skal være tilstrekkelig til å konstatere forsett.

I slike tilfeller må dommeren stille seg selv og deretter besvare følgende spørsmål: Hvilken beslutning ville gjerningspersonen ha truffet, *dersom* vedkommende hadde tenkt nærmere over den straffbare følgens eventuelle inntreden? Dersom dommeren finner at svaret på spørsmålet er at tiltalte ville ha besluttet å handle likevel, altså selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre, foreligger *dolus eventualis* i form av hypotetisk innvilgelse. Forholdet er her vesentlig annerledes enn nevnt innledningsvis i punkt 3.3. Den store forskjellen er at mens det under punkt 3.3 var gjerningspersonens faktiske tankeprosess som var med på å oppfylle det aktuelle vilkåret for anvendelse av *dolus eventualis*, så må dommeren i tilfeller som her foreta et helt hypotetisk resonnement, og på den måten komme frem til et resultat som eventuelt oppfyller kravet til hypotetisk innvilgelse. Bevismaterialet som det tas utgangspunkt i vil være det samme, uavhengig av hvilken innvilgelsesteori man anvender, men resonnementet frem til et resultat har større usikkerhet knyttet til seg når det er den hypotetiske som anvendes.

Andorsen er av den oppfatning at man i tilfeller hvor forsett konstateres etter den hypotetiske innvilgelsesteorien burde kalle resultatet fingert forsett, ikke hypotetisk forsett.⁴⁷ Jeg kan være enig i det, ettersom det eneste relevante bevissthetsinnholdet hos gjerningspersonen i disse tilfellene er muligheten for at vedkommendes handling

⁴⁶ Andorsen, 1996 s. 126

⁴⁷ Andorsen, 1996 s. 135 og Andorsen, 2009 s. 157

oppfyller gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet. Det ville være rart om man skulle snakke om forsett i vanlig forstand i slike tilfeller, når det nettopp er gjerningspersonens egne tanker og oppfatninger som er kjernen i forsettslæren. Også Slettan synes å være av samme oppfatning som Andorsen her.⁴⁸

Om man kaller resultatet av et resonnement etter den hypotetiske innvilgelsesteori for forsett eller fingert forsett er imidlertid av mindre praktisk betydning, ettersom dolus eventualis i form av hypotetisk innvilgelse er uttrykkelig avvist som forsettsform i norsk rett.⁴⁹ Begrunnelsen fremgår av Rt. 1991 s. 600 på side 603:

”Å statuere forsett i et slikt tilfelle vil være i overensstemmelse med den såkalte hypotetiske innvilgelsesteori. Etter min oppfatning er det ikke grunnlag for en slik utvidelse av området for dolus eventualis. Det virker lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon.”

Straffelovkommisjonen slutter seg til denne oppfatningen, og uttaler at urimelige resultater lett ville kunne forekomme dersom man skulle strekke forsettet så langt.⁵⁰ Jeg kommer i punkt 3.5 nærmere inn på betenkelighetene ved den hypotetiske innvilgelsesteori.

Bratholm ga i sin tid uttrykk for at dersom hypotetisk innvilgelse skulle være en anvendbar forsettsform, så måtte dommeren, etter å ha foretatt det hypotetiske resonnementet, være *sikker* på at gjerningspersonen ville ha handlet også dersom vedkommende hadde overveiet konsekvensene. Enhver tvil i så måte måtte komme tiltalte til gode.⁵¹ Hvordan man noen gang kan være sikker på dette når man foretar et slikt resonnement er et annet spørsmål. Jeg er selv av den oppfatning at man aldri kan være sikker når man foretar et slikt dobbelt-hypotetisk resonnement.

⁴⁸ Slettan, 1997 s. 182

⁴⁹ Rt. 1991 s. 600

⁵⁰ NOU 1983:57 s. 144 og NOU 1992:23 s. 117

⁵¹ Bratholm, 1980 s. 217

3.4.1 Virkninger av Rt. 1991 s. 600

Høyesterett avviser i denne dommen *dolus eventualis* i form av den hypotetiske innvilgelsesteori som en måte å konstatere forsett på i norsk rett. Spørsmålet blir hva dette innebærer, utenom å bidra til klarhet i rettstilstanden hva gjelder anvendelsen av *dolus eventualis* i norsk rett. For det første innebærer det at gjerningspersonen ikke kan dømmes for forsettlig overtredelse på grunnlag av *dolus eventualis*, med mindre retten finner det bevist at vedkommende faktisk besluttet å handle som planlagt, selv om følgen dermed skulle inntre. Som en konsekvens av dette får dommen for det andre den virkning at de tilfellene som går innunder definisjonen av den hypotetiske innvilgelsesteori i høyden vil kunne bli rammet av bevisst uaktsomhet. Den reelle betydningen av dette er nok heller liten. For selv om nedslagsfeltet for bevisst uaktsomhet i prinsippet er blitt noe større etter at den hypotetiske innvilgelsesteori ble forkastet, så hersker det ikke særlig stor tvil om at denne teorien selv før dommen fra 1991 ikke var anerkjent i norsk rett.⁵²

3.5 Positiv innvilgelse contra hypotetisk innvilgelse, herunder bevissituasjonen

Som nevnt ovenfor, er det bare *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse som er anerkjent i norsk rett. Det kan ha gode grunner for seg. Utgangspunktet for begge innvilgelsesvariantene er imidlertid det samme som for forsett generelt, nemlig at man prøver å få tak på gjerningspersonens bevissthetsinnhold på gjerningstidspunktet ved å se på det faktiske hendelsesforløp, og fra disse ytre omstendighetene trekke slutninger til den indre prosess.⁵³ Dersom gjerningspersonen selv bestemmer seg for å fortelle hva han eller hun har tenkt, vil dette kunne gjøre bevisprosessen lettere, men det er ikke dermed sikkert at man sitter igjen med et riktig bilde av vedkommendes tanker og forestillinger. I tilfeller av hypotetisk innvilgelse eksisterer det imidlertid ikke noe annet bevissthetsinnhold enn kunnskap om muligheten for følgens inntreden hos gjerningspersonen, slik at målet i de tilfellene blir å danne seg en mening om gjerningspersonens handlingsvalg basert på et hypotetisk bevissthetsinnhold.

⁵² Andorsen, 1996 s. 127, Andorsen, 2009 s. 157 og NOU 1983:57 s. 144

⁵³ Skeie, 1938 s. 49-50, Røstad, 1993 s. 146 og Andorsen, 1996 s. 120-121

Når dommeren skal foreta et hypotetisk *resonnement* som han er nødt til i tilfeller med hypotetisk innvilgelse, er det slett ikke sikkert at det foreliggende bevismaterialet gir tilstrekkelig støtte til dette, slik at dommeren vil kunne tenkes å konstatere den hypotetiske innvilgelsen på grunnlag av faktum utenfor den konkrete saken. Det vil derfor som regel være en mer sikker prosess å bevise *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse enn *dolus eventualis* i form av hypotetisk innvilgelse. Men det blir ikke nødvendigvis en enklere bevisprosess, selv om dette til en viss grad hevdes i forarbeidene til straffeloven 2005.⁵⁴

Utfordringen for begge teoriens vedkommende er hvordan man skal klare å bevise at lovens forsettskrav er oppfylt. For den positive innvilgelses vedkommende må man som nevnt bevise at gjerningspersonen bestemte seg for å handle selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre. For den hypotetiske innvilgelse stiller saken seg annerledes. Slike tilfeller er tilfeller hvor det enten ikke lar seg bevise at gjerningspersonen positivt har innvilget følgen, eller hvor personen rent faktisk ikke har hatt noen tanker om følgen utover det å ha innsett muligheten for denne. Da er dommeren henvist til å finne det bevist at tiltalte ville ha innvilget følgen *dersom* vedkommende hadde tenkt nærmere over den. Det blir altså en litt annerledes bevissituasjon enn for den positive innvilgelse. Dommeren finner det kanskje vanskelig å bruke de foreliggende bevisene til å mene noe om hva gjerningspersonen ville ha gjort i en slik hypotetisk situasjon, og *resonnementet* kan lett bli påvirket av andre faktorer, for eksempel hvordan tiltalte ter seg i retten og hans livsførsel for øvrig.⁵⁵ Det er nærliggende å anta at det er disse andre faktorene Skeie tenker på når han uttrykker at anvendelse av den hypotetisk innvilgelsesteori gir dommeren et bredere grunnlag for skyldvurderingen enn hva tilfellet ville ha vært etter den positive innvilgelsesteori.⁵⁶ Han bruker riktignok ikke disse benevnelsene, men det fremgår av det han skriver i det foregående at han skiller mellom to ulike måter å anvende *dolus eventualis* på, og på hver side av dette skillet gir han uttrykk for varianter av *dolus eventualis* som minner veldig om det vi i dag kjenner som henholdsvis den positive og den hypotetiske

⁵⁴ NOU 1992:23 s. 117

⁵⁵ Andorsen, 1996 s. 126

⁵⁶ Skeie, 1946 s. 227

innvilgelsesteori.⁵⁷ Rent faktisk kan man kanskje si at dommeren får et bredere avgjørelsesgrunnlag i tilfeller etter den hypotetisk innvilgelsesteori, men de foreliggende bevisene vil være de samme, og det vil være uheldig om konstatering av forsett skulle basere seg på mer eller mindre riktige antakelser om gjerningspersonen.

Proessen med å bevis positiv innvilgelse synes således å være mindre betenkelig enn den prosessen som foretas for å bevis hypotetisk innvilgelse. Riktignok tar man utgangspunkt i det samme bevismaterialet, men resonnementet frem til konstatering av forsett er mer usikkert på grunn av den ekstra hypotesen som anvendelse av hypotetisk innvilgelse innebærer. Høyesterett gir i Rt. 1991 s. 600 ikke noen annen begrunnelse for hvorfor den hypotetiske innvilgelsesteori forkastes enn at den virker lite naturlig og ikke er etablert i rettspraksis.⁵⁸

Jeg er enig i at hypotetisk innvilgelse er en tvilsom måte å anvende *dolus eventualis* på, og er for så vidt enig med Høyesteretts begrunnelser i Rt. 1991 s. 600. Likevel mener jeg det ville vært mer presist å begrunne standpunktet med bevisvanskelighetene som den hypotetiske innvilgelsesteori fører med seg. Proessen med å skulle bevis at en person ville ha handlet som han eller hun gjorde også *dersom* vedkommende hadde tenkt nærmere over følgen og dennes eventuelle inntreden, knytter det seg etter min mening såpass stor usikkerhet til, at disse tilfellene ikke burde omfattes av skyldkategorien forsett. En anvendelse av den hypotetiske innvilgelsesteori ville kunne føre til at to personer med det samme faktiske bevissthetsinnholdet ville bli dømt ulikt fordi dommeren gjør feil i sine antakelser om hva de ville ha bestemt seg for dersom de hadde tenkt seg om.⁵⁹

På den annen side vil det uten forsettskonstatering for hypotetisk innvilgelse kunne tenkes at enkelte tiltalte, som utvilsomt ville ha innvilget den straffbare følgen, slipper å bli dømt for forsettlig begått lovovertrødelse, alene av den grunn at de ikke foretok den tankeprosessen som er nødvendig for anvendelse av den positive innvilgelsesteorien.

⁵⁷ Skeie, 1946 s. 225-226

⁵⁸ Rt. 1991 s. 600 på side 603

⁵⁹ Andenæs, 1963 s. 118

Begrunnelsen for likevel ikke å anvende den hypotetiske innvilgelsesteori må være hensynet til dem som med en slik anvendelse ville blitt feilaktig dømt for forsettlig overtreddelse.

3.6 Den positive innvilgelsesteoriens hypotetiske side

Det er ikke bare den hypotetiske innvilgelsesteori det kan rettes kritikk mot. Også den positive teorien har svakheter som gjør at den kan lede til uheldige resultater når den anvendes. En positiv innvilgelse hos en gjerningsperson kvalifiserer til anvendelse av *dolus eventualis*, jf. punkt 3.2. Selv om den positive innvilgelsesteori er motstykket til den hypotetiske innvilgelsesteori, og selv om det er gjerningspersonens faktiske tanker som ligger til grunn for den positive innvilgelse, kommer man likevel ikke unna at det også i førstnevnte foreligger et hypotetisk element.⁶⁰

Når gjerningspersonen bestemmer seg for å handle selv om den straffbare følgen skulle inntre, er det fremdeles slik at vedkommende kun anser følgens inntreden som en *mulighet*. Dermed blir det et hypotetisk resonnement for gjerningspersonen når denne skal bestemme seg for om han vil handle eller ikke. Hypotesen ligger i at gjerningspersonen bestemmer seg for å handle under forutsetning av et annet faktum enn det faktisk foreliggende.

Det er videre stor psykologisk forskjell på å bestemme seg for å foreta en handling basert på en oppfatning om et mulig utfall, og å bestemme seg for å foreta den samme handlingen når man rent faktisk blir stilt i den situasjonen at utfallet er sikkert eller overveiende sannsynlig. Selv om gjerningspersonen innvilger følgen aldri så mye, så vil man altså ikke dermed kunne være sikker på om denne personen ville valgt å handle også dersom han eller hun rent *faktisk* ble stilt i en situasjon der følgen av handlingen var sikker eller overveiende sannsynlig. Et slikt krav til den positive innvilgelsesteori mener Andorsen ville være på sin plass, men han medgir at det ville være problematisk

⁶⁰ Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11

å si noe bestemt om hva gjerningspersonen ville gjort i et slikt tenkt tilfelle.⁶¹ Også Skeie er inne på den samme svakheten ved *dolus eventualis*.⁶²

Jeg er enig med Andorsen i at et slikt krav hadde vært det mest riktige, for da ville gjerningspersonen i sine tanker faktisk ha utvist enten sannsynlighetsforsett eller visshetsforsett. Men det er jo en konstruksjon som aldri ville kunne fungere. En gjerningsperson vil neppe kunne vite med sikkerhet hva han ville ha gjort dersom han faktisk ble stilt overfor en gitt situasjon. Ta for eksempel en nødvergesituasjon. Man kan på forhånd lett tenke seg til hvor tøff og rolig man kommer til å være i en slik situasjon, men det er først når man virkelig er oppe i situasjonen at man vet hva man ender opp med å gjøre.

3.7 Grensen mellom forsett og bevisst uaktsomhet

Grensen mellom forsett og uaktsomhet er ingen enkel grense å trekke. Like fullt er det nettopp denne grensedragningen som er det sentrale ved anvendelsen av *dolus eventualis*. Allerede i motivene til straffeloven ble disse vanskelighetene understreket, og det ble gitt uttrykk for at løsningen ”er og alltid maa være meget usikker”.⁶³ For grensedragningens vedkommende hadde Straffelovkommissionen en uttalelse som jeg allerede har sitert i punkt 3.3.2, og som jeg her nøyer meg med å henvise til.

Litt upresist kan man som et utgangspunkt si at de siterte uttalelsene utgjør vurderingsgrunnlaget for om det foreligger forsett eller uaktsomhet. Jeg vil i det følgende presisere dette utgangspunktet, og således redegjøre for grensedragningen etter gjeldende rett.

Grensen mellom forsett og uaktsomhet ligger et sted med *dolus eventualis* på den ene siden som en forsettsform, og bevisst uaktsomhet som en uaktsomhetsform på den

⁶¹ Andorsen, 1996 s. 134

⁶² Skeie, 1946 s. 227

⁶³ SKM s. 58

andre siden. For å si noe om den nærmere grensedragningen, må jeg først si litt om bevisst uaktsomhet.

3.7.1 Bevisst uaktsomhet

Jeg vil begynne med å si noen ord om uaktsomhet generelt. Uaktsomhet som skyldform går ut på at gjerningspersonens handling måles opp mot en handlingsnorm som er bestemt ut fra hvordan en kyndig og omtenksum person ville ha handlet i den foreliggende situasjon.⁶⁴ Har personen ikke handlet i overensstemmelse med denne normen, foreligger uaktsomhet, dersom han eller hun kan bebreides for det.

Hvilken grad av aktsomhet som er nødvendig for å være sikker på å alltid oppfylle aktsomhetsnormen, fremkommer av *den tillatte risiko*. Den tillatte risiko varierer etter hvilken art og hvilket formål den aktuelle handling har.⁶⁵ Forskjellige livsområder vil således ha ulik terskel for når den tillatte risiko anses overskredet. Kjøring som under et billøp ikke ville blitt ansett som brudd på normen, ville mest sannsynlig blitt ansett som brudd, dersom den hadde funnet sted i det vanlige trafikkbildet. Det er bare når den tillatte risiko er overskredet at det kan bli tale om uaktsomhet.⁶⁶ I tillegg må det foreligge brudd på aktsomhetsnormen. Når bevisst uaktsomhet skal konstateres, stiller man spørsmålet om det i den aktuelle situasjonen var forsvarlig av gjerningspersonen å ta en risiko som vedkommende kjente til.⁶⁷ Ubevisst uaktsomhet konstateres i tilfeller hvor gjerningspersonen ikke tenkte på at vedkommende overskred grensen for den tillatte risiko, men hvor vedkommende burde ha tenkt på dette.⁶⁸

Bevisst uaktsomhet statueres i tilfeller hvor gjerningspersonen har sett for seg en mulighet for at dennes handling oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og handler til tross for dette, i håp om at muligheten ikke vil komme til å realisere seg, forstått på den måten at vedkommende ønsker handlingen ugjort dersom den straffbare

⁶⁴ Andenæs, 1997 s. 224

⁶⁵ Andenæs, 1997 s. 147

⁶⁶ Eskeland, 2006 s. 278-279

⁶⁷ Eskeland, 2006 s. 282

⁶⁸ Eskeland, 2006 s. 279

følgen skulle inntre. Siste del av sitatet over fra straffelovens forarbeider beskriver ganske presist hva som ligger i bevisst uaktsomhet, om enn på en litt gammelmodig måte. Man sier at det foreligger en *bevisst* overskridelse av den tillatte risiko, og det er som nevnt forsvarligheten av å ta en risiko som vedkommende kjenner til, som tas i betraktning ved aktsomhetsvurderingen.⁶⁹

Sondringen mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet er ikke samsvarende med sondringen mellom grov og simpel uaktsomhet.⁷⁰ Den har heller ingen betydning for hvilken grad av uaktsomhet som foreligger. Liten, simpel og grov uaktsomhet kan således alle være enten bevisst eller ubevisst.

3.7.2 Grensen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet

Forskjellen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet går i korte trekk ut på at gjerningspersonen i tilfellet av dolus eventualis har akseptert den straffbare følgen, mens en gjerningsperson som har vært bevisst uaktsom bare har akseptert risikoen for denne.⁷¹ Grensedragningen mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet er i prinsippet aktuell både i forhold til den hypotetiske og den positive innvilgelsesteori, selv om det bare er den sistnevnte teori som per i dag er anerkjent som forsettsform i norsk rett.⁷²

Jeg tar først for meg grensen mellom dolus eventualis i form av hypotetisk innvilgelse og bevisst uaktsomhet. Gjerningspersonen ser i et slikt tilfelle for seg en mulighet for at det han er i ferd med å gjøre medfører inntreden av en straffbar følge, men tenker ikke noe mer over det, og handler likevel. Han eller hun er med andre ord klar over at grensen for den tillatte risiko overskrides, men har ikke gjort seg opp noen mening om hvilket handlingsmønster vedkommende ville ha valgt dersom handlingen skulle føre til oppfyllelse av gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. I et slikt tilfelle vil dommeren måtte ta standpunkt til om gjerningspersonen hadde valgt å handle også dersom denne hadde

⁶⁹ Eskeland, 2006 s. 282

⁷⁰ Rt. 1999 s. 874 på side 875

⁷¹ Mæland, 1999 s. 114

⁷² Røstad, 1993 s. 133

tenkt over den straffbare følgens inntreden. Hvis dommeren kommer frem til at gjerningspersonen likevel ville handlet, foreligger *dolus eventualis* i form av hypotetisk innvilgelse, jf. punkt 3.4. Kommer dommeren til at vedkommende *ikke* ville handlet, foreligger bevisst uaktsomhet.

Den andre grensedragningen gjelder grensen mellom *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse og bevisst uaktsomhet. Tenk at gjerningspersonen på samme måte som over ser for seg en mulighet for at dennes handling vil medføre en straffbar følge, men at vedkommende nå vurderer om han eller hun skal handle selv om det skulle gå så galt at den straffbare følgen inntreffer. Hvis gjerningspersonen bestemmer seg for å gjennomføre handlingen selv om følgen skulle inntre, foreligger *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse, jf. punkt 3.3. Dersom vedkommende ville avstått fra handlingen for det tilfellet at følgen inntreffer, foreligger bevisst uaktsomhet.

En annen problemstilling som kan reises ved grensedragningen mellom *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet, er hvorvidt den nedre sannsynlighetsgrensen for anvendelse er sammenfallende. Andorsen synes å mene at grensen er sammenfallende de lege lata, og medgir at noe annet ville vært vanskelig gjennomførbart i praksis, men at det teoretisk sett kan stille seg annerledes. Han mener det kan være grunn til å kreve en noe høyere sannsynlighetsgrad i *dolus eventualis*-tilfellene enn i bevisst uaktsomhet-tilfellene. Dette begrunner han med *dolus eventualis*' svakheter som forsettsform.⁷³ Det er mulig at han da tenker på vanskelighetene med å bevise at forsett av typen *dolus eventualis* foreligger, samt den positive innvilgelses hypotetiske side.⁷⁴

Konsekvensen av å skulle operere med ulike krav til sannsynlighet ville bli at man ville kunne få tilfeller hvor sannsynlighetskravet bare for den bevisste uaktsomhets vedkommende var oppfylt, samtidig som det hypotetiske vilkåret for anvendelse av *dolus eventualis* var oppfylt, jf. punkt 3.2. Dermed ville gjerningspersonen ikke kunne dømmes for forsettlig overtredelse, ettersom kravet til sannsynlighet med tanke på dennes oppfatning av muligheten for den aktuelle følge ikke ville være oppfylt i

⁷³ Andorsen, 1996 s. 122-123

⁷⁴ Se punkt 3.5 og 3.6

tilstrekkelig grad til at *dolus eventualis* kunne anvendes. Og det ville virke kunstig å dømme personen for bevisst uaktsomhet, dersom en innvilgelse av den straffbare følgen foreligger. Det er for eksempel på det rene at gjerningspersonen positivt har innvilget den straffbare følgen, men vedkommendes faktiske oppfatning av sannsynligheten for dens inntreden er for lav til anvendelse av *dolus eventualis*. Bevisst uaktsomhet på sin side forutsetter at gjerningspersonen *ikke* ville ønsket handlingen gjennomført dersom den straffbare følgen inntreffer. Hva man skulle dømme for i et slikt tilfelle er ikke opplagt, men ettersom det etter gjeldende rett ikke er holdepunkter for, ved konstatering av henholdsvis *dolus eventualis* og bevisst uaktsomhet, å skulle operere med forskjellige sannsynlighetskrav når det gjelder gjerningspersonens oppfatning av muligheten for følgens inntreden, skulle ikke dette utgjøre et problem i praksis.

4 Dolus eventualis i utenlandsk rett

Dolus eventualis blir anvendt også utenfor Norge. Noen stor overraskelse er det kanskje ikke, med tanke på at *dolus eventualis* ikke er av norsk opprinnelse. Jeg vil i det følgende ta for meg Sverige, Danmark og England og redegjøre for hvorvidt *dolus eventualis* er en operativ skyldform der, og om innholdet i så fall er samsvarende med *dolus eventualis* etter norsk rett.

4.1 Sverige

I svensk rett er det intet rom for sannsynlighetsforsett, og det har heller aldri vært det. Det har vært krevd nærmest sikker innsikt hos gjerningspersonen for å konstatere forsett. *Dolus eventualis* i form av hypotetisk innvilgelse ble derimot godtatt, i hvertfall fra 1940-årene.⁷⁵ Det kan synes som om det skulle være en slags kompensasjon for fraværet av sannsynlighetsforsettet, men domstolene i Sverige har vært tilbakeholdne, og stadig kommet til at vilkårene for å dømme etter den hypotetiske innvilgelsesteori ikke forelå. I den senere tid har imidlertid svensk Høyesterett forlatt læren om hypotetisk innvilgelse, og i stedet innført et likegyldighetsforsett, jf. NJA 2002 s. 449.

⁷⁵ Andorsen, 2009 s. 171

Læren om likegyldighetsforsettet ble imidlertid ikke lagt enstemmig til grunn der, i motsetning til i NJA 2004 s. 176. Likegyldighetsforsettet er senere blitt bekreftet ved flere anledninger.⁷⁶

For anvendelse av likegyldighetsforsettet kreves på samme måte som for *dolus eventualis* i norsk rett, at gjerningspersonen har innsett muligheten for at vedkommendes handling medfører inntreden av en straffbar følge. Dersom gjerningspersonen i tillegg stiller seg likegyldig til denne følgen, har vedkommende utvist likegyldighetsforsett. Likegyldigheten må altså foreligge i forhold til følgens inntreden, ikke risikoen for denne. Da er man i så fall over på bevisst uaktsomhet.⁷⁷

Likegyldighetsforsettet forutsetter videre en faktisk tanke om å være *likegyldig* til den straffbare følgen. En slik tanke innebærer at følgens inntreden ikke har virket som noen relevant motivasjon for gjerningspersonen til å avstå fra handlingen.⁷⁸

Likegyldighetsforsettet er således grunnleggende forskjellig fra *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse, hvor det kreves at gjerningspersonen har tatt en *beslutning* om å handle, selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre. Det er altså en prinsipiell forskjell på innholdet i de to skyldformene, men om den er så stor i praksis er nok tvilsomt.⁷⁹ Tilfeller kan lett tenkes omfattet av begge skyldformene. Likevel er det ingen selvfølge at et gitt faktum som gir grunnlag for anvendelse av den ene skyldformen også gir grunnlag for anvendelse av den andre skyldformen, i hvertfall ikke begge veier.

En person som har bestemt seg for å utføre en handling, selv om den aktuelle straffbare følgen dermed skulle inntre, kan man vel språklig sett også si har vært likegyldig i forhold til følgens inntreden. Men omvendt er det ikke like selvfølgelig å trekke den slutning at en som har vært likegyldig med tanke på følgens inntreden også har bestemt seg for å handle selv om følgen dermed skulle inntre. Helt sammenfallende er altså ikke

⁷⁶ NJA 2004 s. 479, NJA 2004 s. 519 og NJA 2005 s. 732

⁷⁷ Andorsen, 2009 s. 172

⁷⁸ Se note 77

⁷⁹ Se note 77

det svenske likegyldighetsforsettet og vår norske praktisering av *dolus eventualis*. Likevel er likhetene større enn forskjellene.

4.2 Danmark

Danmark har en rettsstilstand som er veldig lik den vi har i Norge når det gjelder konstatering av forsett. Sannsynlighetsforsett er alminnelig akseptert, og *dolus eventualis* anvendes bare i form av positiv innvilgelse.⁸⁰ Dansk Høyesterett uttaler imidlertid at man burde være varsom ved anvendelsen av *dolus eventualis* som forsettsform.⁸¹

4.3 England

I engelsk rett opererer man ikke med begrepet *dolus eventualis*. De anvender den annerledes fungerende skyldformen *recklessness* som én måte å konstatere skyld på. *Mens rea*, som omfatter *recklessness* og intention, er latin, handler om gjerningspersonens mentale skyld, og må vel kunne sies å gi uttrykk for den engelske versjonen av forsett.⁸² Objektiv *recklessness* har vært en noe omstridt skyldform som antas å ikke være gjeldende engelsk rett.⁸³ Jeg går ikke nærmere inn på den skyldformen her.

Subjektiv *recklessness* kan konstateres når gjerningspersonen overskrider grensen for den tillatte risiko, og er klar over at vedkommende gjør det.⁸⁴ Dette ville blitt bedømt som bevisst uaktsomhet i norsk rett, men i engelsk rett lar de altså den bevisste uaktsomhet rammes av forsett. Forklaringen er formentlig at det også ved bevisst uaktsomhet har foregått en tankeprosess hos gjerningspersonen i forbindelse med overtredelsen av straffebudet, og at nettopp tilstedeværelsen av en tankeprosess er

⁸⁰ Andorsen, 2009 s. 172

⁸¹ U 1992 s. 455 H

⁸² Smith, 2008 s. 94-95

⁸³ Smith, 2008 s. 110-114

⁸⁴ Smith, 2008 s. 108

kjernen i anvendelsesområdet for mens rea.⁸⁵ *Negligence* er den engelske form for uaktsomhet, og rammer til forskjell fra skyldformene som omfattes av mens rea, tilfeller hvor gjerningspersonens handling ikke er i overenstemmelse med en objektiv standard, uten at det er nødvendig å bevise noe bevissthetsinnhold hos vedkommende.⁸⁶

Det ble foreslått å innføre en skyldform som skulle innebære en sterkere skyldkonstatering enn subjektiv recklessness. Denne skulle gå ut på at gjerningspersonen i tillegg til å være bevisst på risikoen ved sin handling, måtte ha utvist likegyldighet med tanke på handlingens straffbare følge. En slik skyldform ville formentlig vært samsvarende med det svenske likegyldighetsforsettet,⁸⁷ og det nærmeste man i engelsk rett ville ha kommet samsvar med den norske forståelsen av *dolus eventualis*. Skyldformen ble ikke besluttet innført, noe i hvertfall en del av teorien ser på som en fordel med tanke på å unngå de eventuelle misforståelser og forvirring en slik ny skyldform ifølge dem ville ført med seg.⁸⁸

5 Begrunnelse for regelen

Begrunnelsen for at *dolus eventualis* er en skyldform i norsk rett, er behovet for en avgrensning mellom forsett og uaktsomhet. Hadde man tenkt seg en rettstilstand uten *dolus eventualis*, ville man vært henvist til å anvende andre skyldformer på et faktum som etter gjeldende rett ville blitt rammet av *dolus eventualis*. Det ville kunne medføre at man sto igjen, uten å kunne straffe den innsiktsfattige, men innvilgende gjerningsperson for forsettlig overtredelse. En annen mulighet, er at grensen for sannsynlighetsforsett av praktiske behov ville blitt strukket ned til under 50 %.⁸⁹ Slik jeg ser det, fører ingen av disse alternativene til en ønskelig rettstilstand.

⁸⁵ Smith, 2008 s. 94

⁸⁶ Smith, 2008 s. 141

⁸⁷ Se punkt 4.1

⁸⁸ Smith, 2008 s. 115

⁸⁹ NOU 1992:23 s. 118

Dolus eventualis begrunnes også med det særlige behovet for å kunne konstatere forsett i tilfeller som rammes av straffeloven § 162, og da spesielt i tilfeller som ønskes subsumert under tredje ledd, første punktum.⁹⁰ Gjerningspersonen vil typisk i sin forklaring gi uttrykk for at vedkommende ikke visste eller holdt det for overveiende sannsynlig at det var snakk om en så stor mengde stoff. Ettersom mengden og typen stoff også må være dekket av gjerningspersonens forsett, vil nettopp hvilken mengde og type stoff man kan konstatere forsett for hos gjerningspersonen avgjøre hvilket ledd i § 162 tilfellet skal subsumeres under. Og selv om mengden og typen stoff kan tillegges en viss vekt ved straffutmålingen, også om disse omstendighetene var ukjent for gjerningspersonen,⁹¹ kommer man på den måten likevel ikke opp på det straffenivået som ville fulgt av en subsumsjon under det leddet som omfatter den virkelige, forutsetningsvis høyere mengden stoff, med mindre man klarer å bevise forsett for denne mengden.

Drap og legemskrenkelser er i argumentasjonen for å operere med dolus eventualis som skyldform blitt trukket frem som eksempler på tilfeller hvor straffverdigheten typisk vil være så høy at det å bare kunne straffe for uaktsom overtredelse vil være uheldig.⁹² Også dette kan synes å være en reell begrunnelse for å operere med dolus eventualis.

Enda en reell begrunnelse for å anvende dolus eventualis som skyldform i norsk rett er at det forekommer tilfeller der en gruppe av personer samarbeider om en kriminell handling. Det er eksempelvis vanskelig å konstatere forsett hos en bakmann i denne gruppen når han ikke selv har vært med på selve gjennomføringen av lovbruddet. Dersom dolus eventualis får anvendelse, vil konstatering av forsett bli en mye lettere prosess.⁹³

Mer generelt kan det vises til Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 116-118, der disse grunnene redegjøres for, både av høringsinstanser og departementet.

⁹⁰ NOU 1992:23 s. 118

⁹¹ NOU 1992:23 s. 118 og Rt. 1991 s. 600 på side 603

⁹² Se note 90

⁹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 117-118

5.1 Formuleringsvanskeligheter

Når *dolus eventualis* anvendes, vil rettsanvenderens oppgave være å uttrykke innholdet i skyldformen på en så presis og ensartet måte som mulig. Det gjøres ikke alltid med like stort hell, og det er ikke nødvendigvis fordi vedkommende ikke har den nødvendige kunnskap om innholdet i den positive innvilgelsesteori. Det er ofte rett og slett fordi det byr på utfordringer å skulle formulere innholdet av den på en korrekt måte som ikke kan misforstås. Selv Høyesterett kan undertiden tenkes å burde ha formulert seg enda mer utdypende.⁹⁴ Jeg forutsetter i det følgende at det er klart hvilket innhold *dolus eventualis* etter gjeldende norsk rett har.⁹⁵

Utfordringen ligger i den subtile grenseoppgangen mellom forsett og uaktsomhet, der selv den minste detalj kan tenkes å forandre hele betydningen av det man prøver å formulere. Det foreligger en formuleringsfølsomhet så stor at det i verste fall kan tenkes at den enkeltes personlige språkfølelse blir avgjørende for om vedkommende anser *dolus eventualis* for å være riktig anvendt.⁹⁶ Jeg kjenner meg igjen i det Andorsen skriver. Enkelte formuleringer er så tvetydige, vage og vanskelige å få ordentlig tak på betydningen av, at det ikke fremstår som noen selvfølge at det opereres med en ensartet forståelse av *dolus eventualis* i norsk rett. Høyesterett formulerer seg mer presist enn underinstansene. Likvel har vi i punkt 3.3.1 sett at selv om det må antas å være en betydelig enighet om innholdet i *dolus eventualis* blant dommerne i Høyesterett, så forekommer det at selv de enkelte ganger formulerer innholdet i skyldformen ganske ulikt.

Et eksempel på mangelfull formulering finnes i NOU 2008:4 s. 19, hvor *dolus eventualis* etter gjeldende rett forsøkes uttrykt på følgende måte:

”Tilsvarende gjelder dersom gjerningspersonen anså dette som mulig, men likevel bestemte seg for å gjennomføre handlingen (*dolus eventualis*).”

⁹⁴ Andorsen, 2009 s. 178

⁹⁵ Se punkt 3.3

⁹⁶ Andorsen, 1996 s. 133

Her mangler vilkåret om at gjerningspersonen positivt må ha innvilget den straffbare følgen, ikke bare bestemt seg for å handle til tross for muligheten for en slik følge.⁹⁷ Et slikt tilfelle vil ikke kunne rammes av forsett, men i høyden bevisst uaktsomhet.

Et eksempel på at tilleggsvilkåret ikke engang var forsøkt formulert, slik at bare grunnvilkåret om innsikt var nevnt, finnes sitert fra en tingrettsdom i Rt. 2009 s. 185 i avsnitt 11. Tingretten hadde altså konstatert forsett alene på grunnlag av foreliggende innsikt hos gjerningspersonen. Hovedinnholdet i *dolus eventualis* var altså unnlatt drøftet, og Høyesterett kom ikke overraskende til at dette var uholdbart.⁹⁸

Følgende eksempel fra lagmannsretten på mangel ved formuleringen av *dolus eventualis* finnes i dommen med dokumentnummer LA-2008-117350:

”Tiltalte innså derfor muligheten av at det kunne være så mye som 15 kilo. Allikevel har han bevisst tatt det standpunkt at han ville skaffe garasje og vise litauerne en skog hvor partiet kunne gjemmes og gjort dette.”

Her er igjen *dolus eventualis* formulert på en måte som i realiteten gir uttrykk for et tilfelle som i høyden kan rammes av bevisst uaktsomhet. Høyesterett siterer lagmansrettens formulering, og konstaterer deretter at den ikke er i overensstemmelse med den positive innvilgelsesteori slik den ble beskrevet i Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11.⁹⁹

Som vi her har sett, byr formulering av *dolus eventualis* på utfordringer. Tilleggsvilkåret er det som hyppigst er gjenstand for varierende og mer eller mindre tvetydige formuleringer. Ettersom dette er selve kjernen i *dolus eventualis* og det som nettopp skiller denne skyldformen fra bevisst uaktsomhet, så er det ytterst viktig at dette formuleres korrekt. Den vanligste mangelen ved tilleggsvilkåret er at det utformes slik at det åpner for anvendelse av skyldformen bevisst uaktsomhet, altså slik at gjerningspersonen aksepterer en mulighet for den straffbare følgens inntreden. At det må tas en beslutning om å handle, *også* under forutsetning om en sikker eller

⁹⁷ Rt. 2004 s. 1769 i avsnitt 11

⁹⁸ Rt. 2009 s. 185 i avsnitt 12

⁹⁹ Rt. 2009 s. 1014 i avsnitt 7 og 8

overveiende sannsynlig inntreden av følgen, utelates således ofte.

Formuleringsproblemene kan skyldes slurv, språklig tvetydighet eller rett og slett mangelfull kunnskap om forsettslæren. Jo høyere opp i instansene man kommer, desto færre ser formuleringsproblemene ut til å være. I Høyesterett er det så langt jeg kan se bare snakk om varierende språkbruk, ettersom det må antas at det innad i Høyesterett er en betydelig enighet om hvilket meningsinnhold som ligger i den positive innvilgelsesteori.

Til slutt vil jeg kort komme med et eksempel fra en artikkel i Tidsskrift for Strafferett som må sies å gi uttrykk for et tilfelle som i høyden ville kunne bli rammet av bevisst uaktsomhet. Det virker etter dette som om det er ganske vanlig å ikke være helt bevisst på hvordan man skal formulere den positive innvilgelsesteori på en tilstrekkelig presis måte.

”Dette betyr at gjerningsmannen må ha innsett at handlingen med sikkerhet eller overveiende sannsynlighet ville medføre en skade – sannsynlighetsforsett, eller at gjerningsmannen innså at handlingen kunne få en slik følge og besluttet å gjennomføre handlingen likevel – *dolus eventualis*.”¹⁰⁰

6 Dolus eventualis og straffeloven av 20. mai 2005 nr. 28

Jeg skal her undersøke om rettsstilstanden vil bli endret når *dolus eventualis* lovfestes i den nye straffeloven. Hittil er skyldformen bare utviklet i rettspraksis og teori, men når den får lovs form vil rettskildebildet bli noe annerledes, ettersom man da vil ha en lovtekst å ta utgangspunkt i. Rettsstilstanden vil bli annerledes dersom *dolus eventualis* i sin lovfestede form avviker fra hvordan skyldformen er forstått i dagens gjeldende rett.

¹⁰⁰ Hartmann, 2002 s. 261

6.1 Lovens ordlyd

Jeg tar utgangspunkt i lovens ordlyd, slik den lyder i § 22 første ledd, bokstav c.

”Forsett foreligger når noen...holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.”

Denne formuleringen kommer til å tre istedenfor de nåværende vilkårene for anvendelse av *dolus eventualis*. ”[H]older det for mulig” kommer til å erstatte kravet om at gjerningspersonen må ha innsett muligheten for den straffbare følger inntreden, jf. punkt 3.1. ”[V]elger å handle selv om det skulle være tilfellet” kommer til å erstatte tilleggskravet etter den positive innvilgelsesteori, jf. punkt 3.3. Etter den positive innvilgelsesteori er det nødvendig for konstatering av forsett at gjerningspersonen bestemmer seg for å handle selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre. Om ordlyden i den nye bestemmelsen kan sies å være fullt ut i samsvar med dagens krav for anvendelse av den positive innvilgelsesteori, er problemstillingen for den videre drøftelse.

At gjerningspersonen holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen må kunne sies å være i samsvar med Høyesteretts anvendelse av den positive innvilgelsesteori, hvor tilsvarende, men noe varierende formuleringer har vært anvendt.¹⁰¹ Felles for dem alle er at de gir uttrykk for at gjerningspersonen bare har ansett den straffbare følgen som en mulighet. På dette punktet er ordlyden i den nye straffeloven i overensstemmelse med gjeldende rett.

Når det gjelder tilleggsvilkåret, har Høyesterett tradisjonelt formulert seg på en måte som oppstiller et krav om at gjerningspersonen må ha tatt et standpunkt om eller bestemt seg for å handle selv om den straffbare følgen dermed skulle inntre.¹⁰² Når det lovfestede kravet blir at gjerningspersonen må *velge* å handle selv om det skulle være tilfellet at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, så innebærer det formentlig ingen annen betydning enn den Høyesterett legger til grunn. Ordene ”velger å handle” kan man si forutsetter en forutgående beslutning om å handle.

¹⁰¹ Se avgjørelsene i punkt 3.3.1

¹⁰² Se note 101

Jeg vil imidlertid påpeke at ordene ”velger å handle” isolert sett er egnet til å bringe tankene til avgjørelser fra underinstansene som har konstatert forsett alene på bakgrunn av gjerningspersonens *valg* om å handle til tross for å ha innsett muligheten for den straffbare følgenes inntreden.¹⁰³ Drøftelsen av gjerningspersonens positive innvilgelse av følgen, som jo er det sentrale ved anvendelsen av *dolus eventualis*, har altså vært utelatt. Den nye straffelovens definisjon av *dolus eventualis* stiller imidlertid et klart krav om at gjerningspersonen positivt må innvilge den straffbare følgen eller omstendigheten, slik at det ikke er grunn til å anta at denne assosiasjonen vil føre til en økning av tilfeller med utilstrekkelig formulering av *dolus eventualis*.

Videre følger det klart av ordlyden at hypotetisk innvilgelse ikke er omfattet, jf. ordlyden ”velger”. Dersom hypotetisk innvilgelse skulle vært omfattet, måtte ordlyden ha vært formulert slik at den blant annet inneholdt ordene ”ville valgt”.

Ordlyden i straffeloven 2005 § 22 første ledd, bokstav c er etter dette i samsvar med hvordan Høyesterett anvender den positive innvilgelsesteori etter gjeldende rett. Måten *dolus eventualis* er definert på vil altså ikke trekke i retning av en endring i rettsstilstanden.

6.2 Lovens forarbeider

Jeg vil i det følgende undersøke om det i forarbeidene til den nye straffeloven finnes uttalelser som kan kaste lys over meningsinnholdet i loven § 22 første ledd, bokstav c. Bestemmelsen ble opprinnelig besluttet vedtatt med en litt annen ordlyd enn den har i dag. Ved endringen til dagens ordlyd var imidlertid ingen realitetsendring tilsiktet, hverken i forhold til innholdet i bestemmelsen slik den tidligere lød, eller i forhold til gjeldende rett.¹⁰⁴ Derfor antar jeg at forarbeidene til bestemmelsen slik den lød før lovendringen er relevante også ved tolkningen av bestemmelsen slik den nå lyder. Den tidligere ordlyden var som følger:¹⁰⁵

¹⁰³ Se avgjørelsene fra lagmannsretten som er gjenstand for kritikk i Rt. 2004 s. 1769, Rt. 2009 s. 229, Rt. 2009 s. 750 og Rt. 2009 s. 1014

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397

¹⁰⁵ Besl.O. nr. 63 (2004-2005) § 22 første ledd, bokstav c

”Forsett foreligger når noen...regner det som mulig at handlingen oppfyller gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, og bestemmer seg for å foreta handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt.”

Etter forarbeidene til endringsloven er altså det rettslige innholdet i denne formuleringen det samme som i den nåværende formulering, ettersom endringen kun var ”begrunnet i et ønske om å gi bestemmelsen en mer hensiktsmessig språklig utforming”.¹⁰⁶ Departementet setter altså tilsynelatende likhetstegn mellom *innholdet* i følgende formuleringer:

Gammel formulering	Ny formulering
”regner det som mulig”	”holder det for mulig”
”oppfyller gjerningsbeskrivelsen”	”dekker gjerningsbeskrivelsen”
”bestemmer seg for å foreta handlingen”	”velger å handle”
”selv om gjerningsbeskrivelsen med sikkerhet eller mest sannsynlig skulle bli oppfylt”	”selv om det skulle være tilfellet”

Stort sett er det samsvar mellom formuleringene, men den nederste forskjellen vitner om en stor språklig endring.

Når det gjelder departementets mening om innholdet i den opprinnelige bestemmelsen, var oppfatningen formentlig den at bestemmelsen ble ansett for å være samsvarende med gjeldende rett slik Høyesterett hadde gitt uttrykk for denne frem til da.¹⁰⁷ Likevel foreslo departementet en definisjon av *dolus eventualis* som ville innebære et minimumsvilkår om at gjerningspersonen hypotetisk sett må ha tenkt seg den straffbare følgen som overveiende sannsynlig, og bestemt seg for å handle selv om dette skulle være tilfellet. Slik jeg har tolket Høyesteretts avgjørelser har sannsynlighet etter gjeldende rett ingen plass i et innvilgelsesresonnement etter den positive innvilgelsesteori overhodet, og det samme må kunne sies å være tilfellet for rettstilstanden på tidspunktet for proposisjonen med forslaget til den opprinnelige

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 228 og s. 424

ordlyden. Det kan derfor virke som om departementet sa én ting, men i realiteten gikk inn for noe helt annet.

Departementet anså det som uheldig å skulle sondre mellom visshet og sannsynlighet ved anvendelsen av bestemmelsen, ettersom det angivelig ville gjøre bestemmelsen ”unødig komplisert og danne grobunn for feiltolkninger”.¹⁰⁸ Det talte ifølge departementet for at også innvilgelse av en overveiende sannsynlig følge skulle rammes av bestemmelsen, i motsetning til det som fremgikk av det tidligere lovforslaget.¹⁰⁹

Dersom det i det hele tatt skulle opereres med et krav om sannsynlighet i forbindelse med gjerningspersonens innvilgelse av følgen, kan jeg slutte meg til et slikt synspunkt. Ved at kravet er oppfylt allerede ved overveiende sannsynlighet, slipper man tidkrevende prosesser i tilfeller der det er tvil knyttet til om gjerningspersonen i sitt scenario tenkte seg følgen som sikker eller bare nesten. På den annen side får man en grensedragning rundt vippepunktet på 50 % sannsynlighet istedenfor, men denne ble muligens av departementet ansett for å være mindre komplisert.

Da ordlyden ble endret, innebar det språklig sett en ganske drastisk endring av kravet til gjerningspersonens positive innvilgelse av den straffbare følgen, ettersom kravet om sikkerhet eller sannsynlighetsovervekt ble sløyfet og erstattet med den uttrykksmåte Høyesterett har lagt til grunn. Innholdet var ment å skulle være i samsvar med gjeldende rett både i den nye og opprinnelige bestemmelsen.¹¹⁰ Når endringen, som bare var ment som en endring av det rent språklige,¹¹¹ likevel er såpass drastisk at den åpner for å tolke bestemmelsen på en helt annen måte, kan forklaringen være at departementet i det stille innså at den opprinnelige formuleringen på det aktuelle punktet slett ikke var i samsvar med gjeldende rett, hvilket jo var et siktemål i forbindelse med lovfesting av *dolus eventualis*.¹¹²

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 228

¹⁰⁹ Se § 30 første ledd, nr. 3 i NOU 1992:23 s. 279 og begrunnelsen på s. 117-119

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 228 sammenholdt med Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397

¹¹¹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397

¹¹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 228 og s. 424

Etter dette er det grunn til å anta at departementet er av den oppfatning at det etter straffeloven 2005 § 22 første ledd, bokstav c ikke skal gjelde noe krav om overveiende sannsynlighet eller sikkerhet med tanke på gjerningspersonens innvilgelse av den straffbare følgen, og at bestemmelsen nå er brakt i samsvar med gjeldende rett, i tråd med det opprinnelige siktemålet.

Når det gjelder den delen av bestemmelsen som utelukkende dreier seg om gjerningspersonens beslutning om å handle, uttaler forarbeidene til den opprinnelige formuleringen seg om dette flere steder. I én setning som formulerer departementets syn på gjeldende rett kommer det således til uttrykk at det kreves at ”A bevisst har bestemt seg for å skyte”.¹¹³ I to andre setninger som også har som formål å uttrykke gjeldende rett brukes formuleringene ”tar det standpunkt” og ”har bestemt seg”.¹¹⁴ Sammenholdt med at departementet hele veien har ment å videreføre gjeldende rett, antar jeg at det er denne betydningen som etter departementets syn må legges til grunn for forståelsen av bestemmelsens ordlyd slik den fremstår i dag. En slik betydning er formentlig i samsvar med både ordlyden i bestemmelsen og Høyesteretts praksis.

6.3 Høyesteretts praksis

Ettersom meningen med lovfestingen av *dolus eventualis* er å videreføre gjeldende rett, er det naturlig ved tolkningen av den aktuelle bestemmelsen å se hen til tidligere praksis fra Høyesterett. Dette sies også rett ut i forarbeidene.¹¹⁵

For Høyesteretts syn på innholdet i *dolus eventualis* etter gjeldende rett, viser jeg til fremstillingen i punkt 3.3.1.

¹¹³ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 226

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 22, s. 116 og s. 226

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 424

6.4 Reelle hensyn

Lovens ordlyd og forarbeider trekker i retning av en regel som er samsvarende med *dolus eventualis* etter gjeldende rett. Jeg vil i det følgende gjøre rede for noen reelle hensyn og drøfte i hvilken retning de trekker.

Av hensyn til oversiktighet og entydige regler er det absolutt en fordel at regelen forstås mest mulig i tråd med den definisjonen som fremgår direkte av lovteksten. Justiskomiteen henviser til en målsetting om en mer informativ straffelov, og fremhever denne som en grunn til at loven bør inneholde en definisjon av de ulike skyldformene.¹¹⁶ Når så skyldformene ender opp med å bli definert i loven, vil det være best i tråd med målsettingen om man i størst mulig grad lot være å innfortolke noe annet enn det som strengt tatt fremgår av ordlyden selv. I motsatt fall ville en lovdefinering av skyldformene ikke ha den virkning som den nevnte målsettingen legger opp til.

I likhet med hva jeg anser forarbeidene for samlet sett å gi uttrykk for, taler reelle hensyn mot å operere med et krav om sikkerhet eller overveiende sannsynlighet i forbindelse med gjerningspersonens positive innvilgelse av den straffbare følgen. Begrunnelsen for dette er vanskelighetene knyttet til å skulle bevise en slik tankeprosess, samt at de færreste gjerningspersoner ville oppfylt et slikt krav. Det er ingen typisk situasjon at gjerningspersonen tenker grader av sannsynlighet når vedkommende positivt innvilger den straffbare følgen. Dermed ville et slikt krav til tankeprosessen være meningsløst hvis formålet med skyldformen er å ramme tilfeller som er så straffverdige at de bør plasseres i forsettskategorien.

Reelle hensyn tilsier også at det bør ligge en bevisst beslutning i gjerningspersonens tanker bak dennes innvilgelse av den straffbare følgen. Konstatert av forsett handler nettopp om gjerningspersonens tankeprosess og bevissthetsinnhold i gjerningsøyeblikket, og det ville ha formodningen mot seg om også den som bare ser en mer eller mindre fjern mulighet for følgens inntreden uten å tenke noe mer over den, skulle rammes av forsett.

¹¹⁶ Innst.O nr. 72 (2004-2005) s. 53

Reelle hensyn trekker altså i retning av et innhold i dolus eventualis som samsvarer med ordlyden i straffeloven 2005 § 22 første ledd, bokstav c.

6.5 Oppsummering

Ordlyden i bestemmelsen som i den nye straffeloven lovfester dolus eventualis i form av positiv innvilgelse har et meningsinnhold som formentlig er i samsvar med Høyesteretts praktisering av skyldformen frem til i dag. Bestemmelsen trekker således i retning av en uendret rettstilstand. Sammenholdt med at det er et formål i forarbeidene å videreføre gjeldende rett og at reelle hensyn trekker i retning av et innhold i dolus eventualis i samsvar med lovens ordlyd, blir formentlig rettstilstanden etter at bestemmelsen trer i kraft den samme som i dag.

7 Teoriens holdning til dolus eventualis som skyldform i norsk rett

Teoriens vekt som rettskildefaktor er ikke særlig stor, ettersom det ved fastleggelsen av innholdet i dolus eventualis først og fremst er Høyesteretts praksis, supplert med reelle hensyn som er avgjørende. Teorien bringer ikke annet enn mer eller mindre velbegrunnede meningsytringer om hvordan gjeldende rett er eller bør være. Like fullt er den en relevant rettskildefaktor som fortjener en viss oppmerksomhet. Det som kommer til uttrykk i teorien må imidlertid leses med utgivelsestidspunktet i bakhodet og dermed i lys av det som forelå den gangen. Nyere teori er således av større interesse enn eldre.

Jeg har tidligere vist til teoriens oppfatning der det var naturlig å gjøre det, og vil her i minst mulig grad gjenta det jeg tidligere har skrevet. Jeg vil i det følgende drøfte teoriens holdning mer under ett, vise til noen synspunkt jeg allerede har drøftet der dette virker naturlig, samt gå nærmere inn på synspunkt jeg ikke tidligere har vært inne på.

Det har vært delte meninger i teorien om hvorvidt det bør gjelde en skyldform som dolus eventualis i norsk rett, og hvilket innhold den i så fall skal ha. Den hypotetiske innvilgelsesteori kan det tidlig på 1900-tallet synes å ha vært en viss åpenhet for, selv

om det tilsynelatende tas avstand fra den rent hypotetiske dom.¹¹⁷ Urbye stilte seg kritisk til læren om hypotetisk innvilgelse, og både Skeie, Andenæs og Bratholm ga senere uttrykk for å være av samme oppfatning.¹¹⁸ I dag er det ingen tvil, hverken i teori eller praksis, om at den hypotetiske innvilgelsesteori ikke er gjeldende rett i Norge.

Kritikken i teorien har imidlertid ikke bare vært rettet mot den hypotetiske innvilgelsesteori. Også læren om positive innvilgelse er blitt kritisert, selv om den utvilsomt representerer gjeldende rett. Andorsen peker på utfordringene rundt det psykologiske aspektet, herunder den positive innvilgelsesteoriens hypotetiske side, som jeg var inne på i punkt 3.6.¹¹⁹ Han trekker også frem det problematiske som angivelig gjør seg gjeldende når man ved anvendelsen skal finne det bevist at gjerningspersonen har innsett muligheten for at den handling vedkommende har tenkt til å utføre vil komme til å medføre en straffbar følges inntreden, *samtidig* som vedkommende må ha tatt en beslutning om å handle, under forutsetning om at handlingen medfører en sikker eller overveiende sannsynlig inntreden av følgen. Det å tenke seg noe som sikkert eller mest sannsynlig, samtidig som man i virkeligheten bare anser det som mulig innebærer ifølge Andorsen ”en slags dobbelthet i et menneskes sinn som uten videre gjøres til en sentral del av forsettsbedømmelsen”.¹²⁰ Dette stiller han seg kritisk til. Også bevisproblemene og formuleringsproblemene trekker han frem som kritiske momenter, og han stiller spørsmålet om ikke læren om *dolus eventualis* er å anse som en farlig lære.¹²¹ Jeg kan være enig med Andorsen i mye av denne kritikken. Likevel anser jeg fordelene med skyldformen for å oppveie ulempene den fører med seg, særlig ettersom det etter gjeldende rett ikke synes å eksistere noe vilkår om at det for anvendelse av *dolus eventualis* at nødvendig at gjerningspersonen foretar et slikt resonnement som Andorsen stiller seg kritisk til.

Også Ross har stilt seg kritisk til læren om *dolus eventualis*, selv i form av positiv innvilgelse. Han mener *dolus eventualis* er et ”vildskud”, og at den positive

¹¹⁷ Hagerup, 1911 s. 306-307

¹¹⁸ Urbye, 1909 s. 18, Skeie, 1946 s. 227-228, Andenæs, 1963 s. 118 og Bratholm, 1980 s. 217

¹¹⁹ Andorsen, 1996 s. 134

¹²⁰ Andorsen, 2009 s. 176-177

¹²¹ Andorsen, 1996 s. 133 og Andorsen, 2009 s. 177

innvilgelsesteori bare er ”et illusorisk forsøg på at slippe uden om det hypotetiske moment, som man fornemmer er principielt betænkeligt”.¹²² Dette synspunktet er fra en tid hvor det ikke var det samme behovet for skyldformen *dolus eventualis* som i dag. Det kan derfor tenkes at forfatteren hadde vært mer åpen for anvendelse av den positive innvilgelsesteori i dagens situasjon, på den måten at behovet for å operere med en slik skyldform muligens ville gjort at han hadde sett gjennom fingrene når det gjelder betenkelighetene.

Andenæs var tidligere av den oppfatning at det ”[b]are i særlige tilfelle...[kunne]...være grunn for domstolen til å gå inn på en drøftelse av om det foreligger *dolus eventualis*”.¹²³ I den siste utgaven av boken er imidlertid uttrykksmåten mindre rigid: ”[I] noen tilfelle kan det være grunn for domstolen til å gå inn på en drøftelse av om det foreligger *dolus eventualis*”.¹²⁴ Denne endringen har formentlig sammenheng med det økte behovet for konstatering av forsett i tilfeller hvor dette ikke lar seg gjøre med de tradisjonelle forsettsformene.

8 Hvorfor operere med *dolus eventualis* i form av positiv innvilgelse som en forsettsform i norsk rett?

Dette spørsmålet svarer ikke Høyesterett direkte på, men jeg vil komme med noen tanker som kan være belysende.

Ettersom det kun er to hovedgrupper av skyld i norsk rett, handler skyldkonstatering hos oss om å plassere tilfellet i én av disse to gruppene. Følgelig blir en grenseoppgang mellom dem nødvendig, med *dolus eventualis* på forsettssiden og bevisst uaktsomhet på uaktsomhetssiden. Når Høyesterett anerkjenner positiv innvilgelse som en måte å konstatere forsett på, er det tilsynelatende ut fra en tanke om at straffverdigheten kan være like høy hos en gjerningsperson som bare ser følgen som en mindre sannsynlig

¹²² Ross, 1974 s. 65

¹²³ Andenæs, 1997 s. 219

¹²⁴ Andenæs, 2004 s. 236

mulighet, men likevel tar en beslutning om å foreta handlingen selv om følgen dermed skulle inntre, som hos en gjerningsperson som i forhold til den straffbare følgen har hatt hensikt eller regnet den som sikker eller overveiende sannsynlig. Gjerningspersonen har således i sin bevissthet positivt innvilget følgen, og dermed vist en holdning til lovovertrедelsen som man anser som så straffverdig at forholdet burde omfattes av den av de to skyldformene som de mest straffverdige tilfellene rammes av. Man kan si det på den måten at gjerningspersonens positive innvilgelse kompenserer for den lave sannsynligheten for den straffbare følgens inntreden.

En rettstilstand uten *dolus eventualis* som skyldform ville kunne føre til at to tilfeller med lik straffverdighet havnet i hver sin skyldkategori, fordi forsett ikke kunne konstateres for det ene tilfellet. Dersom ikke uaktsomhet var straffbart for den aktuelle overtrедelsen, ville fraværet av *dolus eventualis* som skyldform ført til at gjerningspersonen overhodet ikke kunne straffes for sin straffverdige handling.

På tross av de utfordringer *dolus eventualis* fører med seg synes det altså å være et behov for en slik skyldform i norsk rett som mer enn oppveier disse, og det er formentlig derfor Høyesterett har anerkjent den positive innvilgelsesteori som en måte å konstatere forsett på. I forarbeidene til den nye straffeloven ble et slikt resonnement foretatt i forbindelse med en vurdering av hvorvidt *dolus eventualis* skulle foreslås videreført i den nye straffeloven, og departementet kom til at en slik skyldform hadde større fordeler enn ulemper knyttet til seg.¹²⁵

Om det er hensiktsmessig at så mange forskjellige skyldformer er omfattet i én forsettskategori, er et annet spørsmål. Det kunne kanskje være en fordel å ikke skulle trenge å tvinge alle mulige tilfeller inn i én kategori. Det er for eksempel adskillig vesensforskjell mellom et tilfelle der en gjerningsperson utviser forsett ved å begå et drap med hensikt, og et tilfelle hvor en gjerningsperson utviser forsett ved å kjøre litt uforsiktig og tenke som så at han håper det skal gå bra, men om han skulle komme til å drepe noen, så får det bare være, for fort frem må han. Selv om begge tilfellene representerer høy straffverdighet, så kan det spørres om det er naturlig at de begge omfattes av samme skyldkategori. Selv er jeg av den oppfatning at en slik konstruksjon

¹²⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 117-118

kan slå uheldig ut ved at de aller groveste forbrytelsene straffes mer eller mindre likt som de lovovertredselsene som så vidt rammes av forsettskategorien. For Høyesterett har jo uttalt at tilfeller hvor det foreligger forsett av typen *dolus eventualis* ikke skal bedømmes mildere enn tilfeller hvor forsett konstateres på annen måte.¹²⁶ Ettersom det normalt kreves forsett for å dømme noen etter straffelovens bestemmelser,¹²⁷ vil således anerkjennelsen av *dolus eventualis* i norsk rett i mange tilfeller utgjøre forskjellen på straffbarhet og straffrihet, og da på den måten at tilfeller som er helt på grensen til ikke å være straffbare i det hele tatt blir bedømt på samme måte som tilfeller hvor handlingen er begått med hensikt.

På den annen side kan det være behov for å operere med kategorier av skyldformer for å ha noen faste rammer å forholde seg til. Dersom man ikke hadde hatt et énhetlig forsettsbegrep å forholde seg til, ville konstatering av de ulike skyldformene i den forsettskategorien man etter gjeldende rett opererer med ikke i seg selv innebåret noen oppfyllelse av en betingelse for straff, slik at man ville måttet ha med i hvert eneste straffebud hvilken eller hvilke skyldformer som betinger straff. En slik ordning ville komplisere mer enn den ville virke gunstig inn på den noe firkantede rammen som forsettskategorien representerer i dag.

¹²⁶ Rt. 2000 s. 2072 på side 2073, gjentatt og vist til i Rt. 2008 s. 1217 i avsnitt 103

¹²⁷ Straffeloven § 40 første ledd

9 Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1997

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo, 2004

Andenæs, Johs. *Forsett og rettsvillfarelse i strafferetten*. I: Förhandlingarna å det tjugoandra nordiska juristmötet i Reykjavík. Köbenhavn, 1963, s. 113-125

Andersen, Kjell V. *Dolus eventualis*. I: Jussens Venner. 1996, S.116-135

Andersen, Kjell V. *Dolus eventualis - tolv år etter*. I: Jussens Venner. 2009, S.155-180

Bratholm, Anders *Strafferett og samfunn*. Oslo, 1980

Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006

Hagerup, Francis *Strafferettens almindelige del*. Kristiania, 1911

Hartmann, Carl Graff. *Straffbar uaktsomhet: noen problemstillinger i tilknytning til saker om uaktsomt drap*. I: Tidsskrift for Strafferett. 2002, S.243-262

Mæland, Henry John *Innføring i alminnelig strafferett*. 2. utg. Bergen, 1999

Ross, Alf *Forbrydelse og straf: Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del*. København, 1974

Røstad, Helge *Innkast i straffefeltet: Utvalgte emner i strafferett*. Oslo, 1993

Skeie, Jon *Den norske strafferett*. 1. utg. Bind 2: *Den spesielle del*. Oslo, 1938

Skeie, Jon *Den norske strafferett*. 2. utg. Bind 1: *Den alminnelige del*. Oslo, 1946

Slettan, Svein og Toril M. Øie *Forbrytelse og straff: Lærebok i strafferett*. Oslo, 1997

Smith, John Cyril og Brian Hogan *Criminal Law*. 12. Utg. Oxford, 2008

Urbye, Andreas *Norsk Strafferet: strafbare handlinger mod liv, legeme og helbred. Ærekrænkelser. Frihedskrænkelser. Strafbare handlinger mod sedeligheden*. Kristiania, 1909

10 Lov- og forarbeidsregister

1842 Lov angaaende Forbrydelser (Kriminalloven) av 20. august 1842

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10

1965 Vegtrafikklov (Vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28

SKM Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II. Motiver. Kristiania, 1896

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming

NOU 1992:23 Ny straffelov - alminnelige bestemmelser

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Innst.O nr. 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Besl.O. nr. 63 (2004-2005) Lov om straff (straffeloven)

11 Doms- og kjennelsesregister

11.1 Norske avgjørelser

LB-2008-130667

LA-2008-117350

LB-2008-138374-2

Rt. 1902 s. 260

Rt. 1933 s. 1132

Rt. 1945 s. 109

Rt. 1966 s. 698

Rt. 1980 s. 979

Rt. 1981 s. 1129

Rt. 1991 s. 600

Rt. 1991 s. 741

Rt. 1992 s. 334

Rt. 1996 s. 391

Rt. 1999 s. 874

Rt. 2000 s. 2072

Rt. 2001 s. 58

Rt. 2004 s. 1565

Rt. 2004 s. 1769

Rt. 2007 s. 1559

Rt. 2008 s. 1217

Rt. 2009 s. 185

Rt. 2009 s. 229

Rt. 2009 s. 750

Rt. 2009 s. 1014

11.2 Svenske avgjørelser

NJA 2002 s. 449

NJA 2004 s. 176

NJA 2004 s. 479

NJA 2004 s. 519

NJA 2005 s. 732

11.3 Danske avgjørelser

U 1992 s. 455 H